

Die vermögensrechtliche
Haftung der Gemeinderatsmitglieder
in Nordrhein-Westfalen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
KARL THEODOR FELDHAUS, RA
aus Duisburg

1964

Die vermögensrechtliche Haftung der Gemeinderatsmitglieder in Nordrhein-Westfalen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
KARL THEODOR FELDHAUS, RA
aus Duisburg

1964



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Scupin
 2. Berichterstatter: Prof. Dr. Pagenkopf
- Dekan: Prof. Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Februar 1964

Inhaltsübersicht

	Seite
§ 1 Einführung	1
<u>Erster Teil:</u> Die Außenhaftung (Haftung der Ratsmitglieder gegenüber außen- stehenden Dritten)	3
I. Kapitel: Grundlagen	3
§ 2 Der Rat und die Ratsmitglieder im System der Gemeindeverfassung von Nordrhein-Westfalen	3
II. Kapitel: Die Haftung für hoheitliches Handeln	8
§ 3 Amtshaftungsrechtliche Grundlagen	8
I. Die Amtshaftung und Art. 34 GG	8
a) "Verantwortlichkeit" in Art. 34 GG	9
b) "Öffentliches Amt" = "öffentliche Gewalt"	9
c) "Jemand" = "Beamter"	11
II. Die zwei Beamtenbegriffe für Art. 34 GG und § 839 BGB	11
III. Versuch einer Synthese der unterschied- lichen Beamtenbegriffe für die Amtshaf- tung	12
a) Bedenken gegen den doppelten Beam- tenbegriff	13
b) Entwicklungslinien zum unterschiedli- chen Beamtenbegriff	14
1) vor der Weimarer Reichsverfassung	14
2) nach der Weimarer Reichsverfassung	15
3) Auswirkungen des Beamtenrechtsän- derungsgesetzes	15
4) Ergebnis	17
c) Der einheitliche Beamtenbegriff der Rechtsprechung	17
d) Kleinhoff's Beamtenbegriff für § 839 BGB	18
e) Der Beamtenbegriff für die Amtshaftung in der Literatur	20

	Seite
§ 4 Die Ratsmitglieder als Amtsträger im Sinne des Art. 34 GG	22
I. Ehrenamt und ehrenamtliche Tätigkeit	22
a) Die Rechtsstellung im Rat	23
b) Die Rechtsstellung im Beschlußausschuß	24
II. Zum Begriff der "öffentlichen Gewalt"	25
a) "Öffentliches Amt" im Sinne des Art. 34 GG	25
b) Die zwei Funktionen des Begriffs "öffentliche Gewalt"	27
c) Der Inhalt des Begriffs "öffentliche Gewalt"	28
III. Die Aufgaben und Zuständigkeiten des Rates als Bestimmungsmerkmal der Ausübung öffentlicher Gewalt	29
a) Der Rat als oberstes Verwaltungsorgan	30
b) Die Ratsmitglieder als Organwalter	32
IV. Der Begriff des "Anvertrautseins" in Art. 34 GG	33
a) Dienstrechtliche Auffassung	33
b) Folgen der Ausdehnung des Beamtenbegriffs	34
c) Übertragungsarten zur Ausübung öffentlicher Gewalt	35
V. Anvertrauung der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Wahl	36
VI. Ergebnis	38
§ 5 Haftungsvoraussetzungen	39
I. Die Haftung für ein Kollegium	39
a) Haftung und Kollegialprinzip	39
b) Keine Haftung des Kollegiums	40
c) Verantwortlichkeit der Kollegialmitglieder	41
II. Amtshandlung im Sinne des Art. 34 GG und ihre Voraussetzungen	43
a) Hoheitlicher Bereich	43
b) Innerer Zusammenhang mit dem Amt	43
c) Zuständigkeit	45

	Seite
III. Die Amtspflichten	45
a) Amtspflichten im Sinne der Amtshaftungs- bestimmungen	45
b) Amtspflichten einem Dritten gegenüber	47
c) Amtspflichten der Ratsmitglieder	49
1) gegenüber der Gemeinde	49
aa) Achtung der Rechtsordnung	49
bb) Treupflicht	50
2) gegenüber Dritten	51
aa) Gesetzestreue	51
bb) Mitwirkungsverbot	52
cc) Vertretungsverbot	53
dd) Verschwiegenheitspflicht	54
ee) Allgemeine Amtspflichten	56
d) Formen der Amtspflichtverletzung	57
1) Im Kollegium	57
2) Außerhalb des Kollegiums	59
IV. Verschulden	59
V. Schaden	61
VI. Kausalität	61
a) Doppelte Kausalität	61
b) Zurechenbarkeit der schadenstiftenden Verwaltungsakte	62
c) Unterbrechung der Kausalität	63
1) Nichtbeachtung des Widerspruchs- rechtes des Bürgermeisters	63
2) Nichtbeachtung der Beanstandungs- pflicht des Hauptgemeindebeamten	63
VII. Rechtswidrigkeit	65
§ 6 Die haftende Körperschaft	65
I. Anstellungs- und Funktionstheorie	65
a) Die Anstellungstheorie bei Amtspflicht- verletzung von Ratsmitgliedern	66
b) Die Funktionstheorie bei Amtspflicht- verletzung von Beschlüssausschußmit- gliedern	69

	Seite
II. Umfang der Ersatzpflicht	77
a) Die Haftungsbeschränkung des § 839 Abs. 1 BGB	77
b) Die Haftungsbeschränkung des § 839 Abs. 3 BGB	77
III. Rechtsweg	78
IV. Schadenersatz	79
III. Kapitel: Die Haftung für privatrechtliches Handeln	80
§ 7 Die privatrechtliche Betätigung der Gemeinde	80
§ 8 Die Organhaftung nach §§ 89, 31 BGB	82
I. Verfassungsmäßig berufener Vertreter	82
II. Der Gemeinderat als Organ im Sinne des § 31 BGB	84
a) Unterscheidung zwischen § 28 und § 55 nwGO	84
b) Außenvertretung durch den Rat	85
c) Außenvertretung durch einzelne Ratsmitglieder	87
III. Haftungsgrundlagen für die Organhaftung nach §§ 89, 31 BGB	88
IV. Kapitel: Die persönliche Haftung der Ratsmitglieder gegenüber Dritten	91
§ 9 Die Eigenhaftung	91
I. Bei hoheitlichem Handeln	91
II. Bei privatrechtlichem Handeln	91
V. Kapitel: Die Haftung der Ratsmitglieder in wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde	93
§ 10 Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde	93
I. Allgemeine Grundsätze	93
II. Die Formen der wirtschaftlichen Unternehmen	94
a) Eigenbetrieb	94
b) Eigengesellschaft	95
c) Beteiligungsgesellschaft	96

§ 11	Die Vertretung der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen	97
	I. Übersicht über § 72 nwGO	97
	II. Vertreter der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen	98
	a) Vertreter der Gemeinde nach der DGO und der rev. DGO	98
	b) Vorstellungen bei der Entstehung der nwGO	100
	c) Vertreter der Gemeinde nach der nwGO	100
	III. Die Vertretung der Gemeinde im Sinne des § 72 Abs. 1 nwGO	102
	IV. Die Vertretung der Gemeinde im Sinne des § 72 Abs. 2 nwGO	103
	a) Genossenschaft	104
	1) Vorstandsmitglieder	104
	2) Aufsichtsratsmitglieder	104
	b) GmbH	105
	1) Geschäftsführer	105
	2) Aufsichtsratsmitglieder	105
	c) Aktiengesellschaft	106
	1) Aufsichtsratsmitglieder	106
	2) Vorstandsmitglieder	106
	V. Voraussetzungen für die Vertretung der Gemeinde im Sinne des § 72 Abs. 2 nwGO	107
	a) Ansichten zu § 70 Abs. 2 DGO	107
	b) Ansichten bei den Beratungen zu § 72 Abs. 2 nwGO	108
	c) Eigene Ansicht	108
	VI. Weisungsgebundenheit und gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit	109
	a) Gesellschaftsrechtliche Pflichten	109
	b) Schadenersatzpflichten	110
	c) Weisungsgebundenheit und Abberufbarkeit	111
	d) Freistellung von der Haftung durch die Gemeinde nach § 72 Abs. 3 nwGO	113

<u>Zweiter Teil:</u>	Die Innenhaftung (Haftung der Ratsmitglieder gegenüber der Gemeinde)	116
I. Kapitel:	Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Rechtszustand	116
§ 12	Die Rechtslage nach früheren Gemeindeordnungen	116
	I. Städteordnungen und DGO	116
	II. Haftungsvorschriften in der rev. DGO	117
§ 13	Die Bedeutung des § 30 Abs. 3 nwGO	118
	I. Allzuständigkeit und Verantwortlichkeit	118
	II. § 30 nwGO als Kennzeichen einer Statusveränderung	119
II. Kapitel:	Die Haftung nach § 30 Abs. 3 nwGO	120
§ 14	Aufbau der Vorschrift	120
§ 15	Voraussetzungen der Haftung	122
	I. Beschluß	122
	a) Ratsbeschluß	122
	b) Ausschußbeschluß	123
	c) Dringlichkeitsentscheidung	124
	II. Mitwirkung	126
	III. Nachweis der Mitwirkung	129
	a) Beweiserleichterung des § 830 BGB	129
	b) Tatsächliche Vermutung für Mitwirkung	131
	c) Praktische Erwägungen	132
	d) Protokollierung des Abstimmungsverhaltens	133
	IV. Pflichtverletzung	136
	a) Allgemeine Pflichten	136
	b) Präsenzpflcht	136
	c) Die Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten	137
	d) Die Pflicht, schädigende Handlungen zu unterlassen	139
	V. Verschulden	139
	VI. Schaden	141
	VII. Kausalität	142
	VIII. Gesamtschuldnerische Haftung	145

	Seite
§ 16 Die Durchsetzung der Innenhaftung	146
I. Die Geltendmachung der Schadenersatz- ansprüche	146
a) Zuständigkeit für die Geltendmachung	147
1) nach der rev.DGO und früher	148
2) Meinungen in der Literatur	148
3) Gemeinderat	148
4) Gemeindedirektor	151
5) Aufsichtsbehörde	153
b) Verfahrensarten für die Geltendma- chung von Ersatzansprüchen	155
1) Erstattungsverfahren	155
2) Aufrechnung	158
3) gerichtliches Verfahren	158
II. Der Rechtsweg	158
a) Rückgriff aus Art. 34 GG, § 839 BGB	159
b) Rechtsweg für Ansprüche gegen Beamte und Angestellte	159
c) Verwaltungsrechtsweg - Zivilrechtsweg	160
1) Zuständigkeitsvoraussetzungen des § 40 VwGO	160
2) Geltungsbereich des § 40 Abs. 2 VwGO	161
3) Bedenken aus § 126 BRRG	161
4) Doppelgleisigkeit des Rechtsweges	162
5) Sachzusammenhang	163
d) Mahnverfahren und Arrestverfahren	164
III. Verjährung	165
III. Kapitel: Die Innenhaftung für selbständige Einzelhand- lungen von Ratsmitgliedern	167
§ 17 Möglichkeiten einer Schadenzufügung durch Einzelhandlungen	167
I. Beispiele	167
II. Haftungstatbestände	168

	Seite
§ 18 Mögliche Haftungsgrundlagen	168
I. Keine ausdehnende Anwendung des § 30 Abs. 3 nwGO	168
II. Anwendung allgemeiner Haftungsbestim- mungen	169
a) Beamtenrechtliche Normen	169
b) Haftung aus dem Dienstverhältnis	169
c) Art. 34 GG	171
d) §§ 823 ff BGB	171
e) Allgemeine Rechtsgrundsätze	173
III. § 30 Abs. 3 nwGO als Spezialnorm	173
<u>Dritter Teil:</u> Haftungsschema	175

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
a. a. O.	= am angegebenen Ort
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
Abg.	= Abgeordneter
Abschn.	= Abschnitt
AG	= Aktiengesellschaft
AktG	= Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 (RGBl I 107, ber. 588, 1140)
ALR	= Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 (Ausgabe von Rehbein u. Beinecke, 5. Aufl. Berlin 1894)
a. M.	= anderer Meinung
Anm.	= Anmerkung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	= Artikel
AS	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsens und Schleswig-Holstein in Lüneburg
Aufl.	= Auflage
Aussch. Brtg.	= Ausschlußberatung
bad.	= badisch
Bay, bay	= Bayern, bayerisch
bayGO	= Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25. Januar 1952 (GVBl. S. 19, SaBl S. 172)
Bayer. Bgm.	= Der Bayerische Bürgermeister (Zeitschrift)
BBG	= Bundesbeamtengesetz vom 14. Juli 1953 (BGBl. I S. 551, SaBl. S. 787)
Bd.	= Band
Beschl.	= Beschluß
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952 (BGBl. I S. 681)
bezgl.	= bezüglich
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGBl. 195)
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof

BK	= Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)
BNotO	= Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961 (BGBl. I S. 98)
BRAndG	= Reichsgesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamtenrechts (Beamtenrechts- änderungsgesetz) v. 30. Juni 1933 (RGBl. I S. 433)
BRRG	= Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamten- rechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) vom 1. Juli 1957 (SaBl. S. 987)
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (her- ausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungs- gerichts)
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BW, bw	= Baden-Württemberg, baden-württembergisch
bwGO	= Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 25. Juli 1955 (GBl. S. 129, SaBl. S. 1003)
bzw.	= beziehungsweise
CDU	= Christlich-Demokratische Union (Landtagsfraktion)
DDG	= Die Demokratische Gemeinde (Zeitschrift)
DGO	= Deutsche Gemeindeordnung vom 31. Januar 1935 (RGBl. S. 49)
d.h.	= das heißt
Die Gemeinde	= Die Gemeinde (Zeitschrift)
DJT	= Deutscher-Juristen-Tag
DöD	= Der öffentliche Dienst (Zeitschrift)
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVB1	= Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DVO	= Durchführungsverordnung
E.	= Entscheidung
EigVO	= Die Eigenbetriebsverordnung für das Land Nordrhein- Westfalen vom 22. Dezember 1953 (GV NW S. 435)
Erl.	= Erläuterung
ErstG	= Gesetz über das Verfahren für die Erstattung von Fehl- beständen an öffentlichen Vermögen vom 18. April 1937 (RGBl. I S. 461)
ESVGH	= Entscheidungssammlung des Hessischen und des Würt- temberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofes
evtl.	= eventuell
FDP	= Freie Demokratische Partei (Landtagsfraktion)

FeldFPolG	= Preußisches Feld- und Forstpolizeigesetz von 1880 i. d. F. vom 21. Januar 1926 (GS S. 83)
FernsprechO	= Fernsprechordnung vom 24. Dezember 1939 (ABl. des Reichspostministeriums S. 859)
f. ff.	= folgende Seite oder Seiten bzw. Paragraphen
GBL.	= Gesetzblatt
Gemeinderat	= Der Gemeinderat (Zeitschrift)
GemHVO	= Gemeindehaushaltsverordnung vom 4. September 1937 (RGL. I S. 921)
Gen.	= Genossenschaft
GenG	= Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsge- nossenschaften vom 1. Mai 1889 (RGL. S. 55) i. d. F. vom 20. Mai 1889 (RGL. S. 810)
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (RGL. S. 1)
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	= Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 1892 i. d. F. vom 20. Mai 1888 (RGL. S. 846)
GO	= Gemeindeordnung
GS	= Preußische Gesetzssammlung
GS. NW.	= Sammlung des bereinigten Landesrechts Nordrhein- Westfalen (1945-1956)
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz v. 1877 i. d. F. vom 12. Sep- tember 1950 (BGL. S. 513)
GV NW	= Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein- Westfalen
He, he, hess.	= Hessen, hessisch
heGO	= Hessische Gemeindeordnung vom 25. Februar 1952 (GVBl. S. 11, SaBl. S. 327)
HGB	= Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGL. S. 219)
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung (1925-1942 (zitiert nach Jahr und Entscheidungsnummer)
i. d. F.	= in der Fassung
i. V. m.	= in Verbindung mit
JZ	= Juristenzeitung (Zeitschrift)
JW	= Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
KG	= Kommanditgesellschaft

KommHdb.	= Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hgg. von Hans Peters, 3. Bd., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956-1959
Kom. pol. Bl.	= Kommunalpolitische Blätter (Zeitschrift)
LD	= Landtagsdrucksache
LG	= Landgericht
Lit	= Buchstabe
LKO	= Landkreisordnung
LKT-Eildienst	= Eildienst des nordrhein-Westfälischen Landkreistages (Mitteilungen)
LM	= Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, hgg. von Lindenmaier und Möhring (zitiert nach Entscheidungsnummer und Paragraph)
LVG	= Landesverwaltungsgericht
MBliV	= Ministerialblatt für die preußische Innere Verwaltung
MBI	= Ministerialblatt
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
ME	= Ministerialerlaß
MRVO 165	= Verordnung Nr. 165 der Militärregierung "Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone" (ABl. brMR Nr. 24, S. 799 = VOBl. brit. Zone 1948, S. 263)
Nachw.	= Nachweis
nds	= niedersächsisch
ndsGO	= Niedersächsische Gemeindeordnung vom 4. März 1955 (GVBl. S. 55, SaBl. S. 315)
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	= Nummer
NW, nw	= Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
nwDO	= Disziplinarordnung des Landes Nordrhein-Westfalen für Beamte und Richter vom 8. Dezember 1953 (GV NW 415)
nwGO	= Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21. Oktober 1952 (GVBl. S. 269) in der Fassung der Bekanntmachung der Landesregierung vom 28. Oktober 1952 (GVBl. S. 283, SaBl. S. 1358)
nwLBG	= Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtengesetz) vom 15. Juni 1954 (GV NW S. 237)
nwLKO	= Landeskreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21. Juli 1953 (GVBl. S. 305, SaBl. S. 1148)
nwVerf	= Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28. Juni 1950 (GVBl. S. 127, SaBl. S. 670)

OGHBrZ.	= Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
Pl. Brtg.	= Plenarberatung des Landtages
PostG	= Gesetz über das Postwesen vom 28. Oktober 1871 (Sartorius 910)
PostscheckG	= Postscheckgesetz von 1914 i. d. F. vom 22. März 1921 (RGL. S. 247)
Pr., pr.	= Preußen, preußisch
PrBHaftG	= Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Ver- bände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt vom 1. 8. 1909 (GS S. 691)
Pr.OVG	= Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsge- richts (Amtliche Sammlung)
RAbgO	= Reichsabgabenordnung von 1919 i. d. F. vom 22. Mai 1931 (RGL. I S. 161)
RBHaftG	= Gesetz über die Haftung des Reiches für seine Beamten vom 22. Mai 1910 (RGL. S. 798)
Rd. Erl.	= Runderlaß
rev. DGO	= Deutsche Gemeindeordnung in der Fassung der Anlage zur Verordnung Nr. 21 der Militärregierung "Abände- rung der Deutschen Gemeindeordnung" (ABl. brMR Nr. 7 S. 127)
RG	= Reichsgericht
RGL	= Reichsgesetzblatt
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
RSp. Entsch.	= Rechtsprechung zum kommunalen Verfassungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, hgg. von Kottenberg und Steffens (zitiert nach Entscheidungsnummer und Paragraph)
RSp. Nachweis	= Rechtsprechungsnachweis
RWE	= Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk Aktienge- sellschaft
rhpf	= rheinland-pfälzisch
rhpfGO	= Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz (Teil A des Selbstverwaltungsgesetzes) in der Fassung des Gesetzes vom 5. Oktober 1954 (GVBl. S. 117, SaBl. S. 1115)

S.	= Seite
SaBl.	= Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder
Sartorius	= Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik. Textausgabe begründet von Carl Sartorius, 25. Aufl. München und Berlin 1962
SchlH, schlH	= Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch
schlhGO	= Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein vom 24. Januar 1950 (GVBl. S. 25, SaBl. S. 217)
Selbstverw.	= Die Selbstverwaltung (Zeitschrift)
SeuffArch.	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Sitzg.	= Sitzung
SKV	= Staats- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
SPD	= Sozialdemokratische Partei Deutschlands (Landtagsfraktion)
Städtetag	= Der Städtetag (Zeitschrift)
StB	= Stenografischer Bericht
StGB	= Strafgesetzbuch i. d. F. der Bekanntmachung v. 25. August 1953 (BGBl. I S. 1083) und des 4. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 11. Juni 1951 (BGBl. I S. 597)
StuSev	= Staats- und Selbstverwaltung (Zeitschrift)
str.	= streitig
TelegrO	= Telegraphenordnung i. d. F. v. 22. 12. 1938 (ABlRPM S. 849 Anl.)
u. a.	= unter anderem
Urt.	= Urteil
VA	= Verwaltungsakt
VereinfG	= Erstes Gesetz zur Neuordnung und Vereinfachung der Verwaltung (Erstes Vereinfachungsgesetz) vom 23. Juli 1957 (GV NW S. 189)
VerfGH	= Verfassungsgerichtshof
Verh.	= Verhandlung
VerwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht)
VerwVO	= Verwaltungsverordnung
VEW	= Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen Aktiengesellschaft
VG	= Verwaltungsgericht

vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
VwArch	= Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl. I S. 17)
VwVG	= Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 27. April 1953 (SaBl. 419)
Warn	= Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts, hgg. v. Warneyer (1908-1941) (zitiert nach Jahr und Nr. der Entscheidung)
WRV	= Die Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung) vom 11. August 1919 (RGBl. S. 1383)
z. B.	= zum Beispiel
ZfB	= Zeitschrift für Beamtenrecht (Zeitschrift)
Ziff.	= Ziffer
ZPO	= Zivilprozeßordnung in der Fassung des Bundesgesetzes vom 12. September 1950 (BGBl. I S. 455)

Schrifttumsverzeichnis

- ALTHAUS, Ernst, Das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände in den
vormals preußischen Ländern,
Herford - Köln 1957
zit.: Recht der Gemeinden
- ANSCHÜTZ, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom
11. August 1919, unveränderter Nachdruck der 14. Aufl.,
Berlin 1933,
Bad Homburg 1960, zit.: Verfassung
- AREND, Paul, Die Verschwiegenheitspflicht, in SKV 1957 S. 103,
zit.: Verschwiegenheitspflicht
- ARENS, Engelbert, Zur Problematik der Interessenkollision bei Rats- und
Anschlußmitgliedern, in SKV 1960 S. 124,
zit.: Problematik
- van AUBEL, Peter, Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung,
in KommHdb. Bd. III S. 111, S. 877,
zit.: Gemischtwirtschaftliche Unternehmung
- BACHOF, Otto, Besprechung der 11. Auflage des Kommentars zum BGB von
Palandt, in DÖV 1954 S. 95
- BALLERSTEDT, Kurt, Zur Frage der Rechtsform gemeindlicher Wirt-
schaftsunternehmen, in DÖV 1951 S. 449
zit.: Rechtsform
- BAUMBACH-HUECK, GmbH-Gesetz, Kommentar, 10. Aufl.,
München-Berlin 1962, zit.: GmbH-Gesetz
- - Aktiengesetz, Kommentar, 11. Aufl.,
München-Berlin 1961, zit.: AktG
- BAUSINGER, Leopold, Die Pflicht zur Amtverschwiegenheit und Geheim-
haltung, in Selbstverw. 1958 S. 53
zit.: Amtverschwiegenheit und Geheimhaltung
- BECKER, Erich, Über den Inhalt der Gemeindeverwaltung und die Rechts-
stellung des Gemeindedirektors in Nordrhein-Westfalen, in
DVBl 1956 S. 4
zit.: Gemeindeverwaltung
- BENNER, Jürgen, Die Zuständigkeitsverteilung auf Gemeindedirektor und
Rat in Nordrhein-Westfalen nach Gesetz und Ortsrecht, Diss.
jur. Münster 1960
zit.: Zuständigkeitsverteilung

- BERKENHOFF, Hans Albert, Das Kommunalverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen, Köln 1960, zit.: Kommunalverfassungsrecht
- Die nordrhein-westfälische Gemeinde im Rechtsverkehr, in Die Gemeinde 1954 S.153 u. S.176
zit.: Rechtsverkehr
- BERRES, Josef, Bemerkungen zum neuen Beschlußverfahren in Nordrhein-Westfalen, in Städtetag 1957 S.498
zit.: Bemerkungen
- Das neue Beschlußverfahren in Nordrhein-Westfalen (Schlußwort), in Städtetag 1958 S.104
zit.: Schlußwort
- BETTERMANN, Karl August, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Handbuch, hgg. v. Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd.3, 2.Halbbd. Berlin 1959, in Die Grundrechte, zit.: Bettermann in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III 2 S.779
- Anmerkung zum BGH-Urteil vom 20.9.1954, in NJW 1955 S.97, zit.: Anmerkung
- Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, in DÖV 1954 S.299, zit.: Rechtsgrund der Staatshaftung
- BLANK, Eberhard, Weisungsrecht der Gemeinde an ihre Vertreter in wirtschaftlichen Unternehmen, in Der Städtetag 1958 S.106,
zit.: Weisungsrecht
- BOCHALLI, Alfred, Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 2.Aufl., München - Berlin 1958, zit.: BBG
- BRAND, Arthur, Das Deutsche Beamtengesetz, Kommentar, 2.Aufl., Berlin 1938, zit.: DBG
- BRETTNER, -, Zur Haftpflicht des Grundbuchrichters, in Das Recht 1902 S.430, zit.: Haftpflicht
- DAGTOGLOU, Prodromos, Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung, Stuttgart 1960, zit.: Kollegialorgane
- DAVID, Joachim, Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen, 2.Aufl., Münster 1961, zit.: Satzungsgewalt
- DELIUS, Hans, Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reiches und der Länder, 4.Aufl., Berlin - Leipzig 1929, zit.: Beamtenhaftpflichtgesetz.
- DENKSCHRIFT zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896

- DIEKAMP, Busso, Die Grundsätze für die Außenvertretung der Gemeinden nach der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
Diss. jur. Münster 1955, zit.: Außenvertretung
- DIETZ, Rolf, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München - Berlin 1960, zit.: BetrVG
- DROST, -, Gemeinderecht für jedermann. Ein Lehrgang für Ratsmitglieder, in Kom.pol.Bl. 1957 S.592, zit.: Gemeinderecht
- ECKERT, Lutz, Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, in DVBl 1962 S.11, zit.: Leistungsstörungen
- ELLERINGMANN, Rudolf, Die deutsche Gemeindeordnung britischer Fassung in grundsätzlicher und praktischer Beleuchtung, Heidelberg 1948, zit.: Gemeindeordnung
- ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans Carl, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
15. Aufl., 1. Halbbd., Tübingen 1959, zit.: Allgemeiner Teil
- ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958, zit.: Recht der Schuldverhältnisse
- ERMAN, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Münster 1962, zit.: Erman-Drees, BGB
- ESSER, Karl, Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, zit.: Lehrbuch d. Schuldrechts
- EYERMANN-FRÖHLER, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl., München - Berlin 1962, zit.: VwGO
- FACHINGER, Josef, Gemeinderecht im britischen Kontrollgebiet, Köln 1948, zit.: rev.DGO
- FECHTRUP, Hermann, Der sachkundige Bürger im Gemeinderatsausschuß, Stuttgart 1957, zit.: Sachkundige Bürger
- FISCHBACH, Oskar Georg, Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin - Köln 1956, zit.: BBG
- FITTING-KRAEGELOH, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Berlin - Frankfurt 1953, zit.: BetrVG
- FLEINER, Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Neudruck der achten Auflage, Tübingen 1928, Aalen 1960, zit.: Institutionen

- FÖLSCHE, -, Aufsichtsratsmitglieder in städtischen Gesellschaften, in StuSev 1950 S. 215, zit.: Aufsichtsratsmitglieder
- FORSTHOFF, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München - Berlin 1961, zit.: Lehrbuch
- FREUND, Hans, Verkehrssicherungspflicht und Amtspflicht, in NJW 1962 S. 614, zit.: Verkehrssicherungspflicht und Amtspflicht
- FRIEBE, Günter, Die Haftpflicht des Lehrers und Schulträgers, 2. Aufl., Köln - Berlin 1957, zit.: Haftpflicht
- Vorschläge für die Neuordnung des Amtshaftungsrechts, in ZfB 1957 S. 389, zit.: Neuordnung
- FRIESENHAHN, Ernst, Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2, Stuttgart - Köln 1950, zit.: Grundlagen
- FRÖHLICH, Peter, Das neue Beschlußverfahren in Nordrhein-Westfalen (Zwei Entgegnungen), in Städtetg 1958 S. 101, zit.: Entgegnung
- GADOW-HEINICHEN-SCHMIDT-WEIPERT, Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1. Bd. §§ 1-144, Berlin 1961
zit.: Schmidt in Großkomm. AktG
- GIESE, Friedrich, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., Frankfurt 1955, zit.: Grundgesetz
- Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl. Berlin 1931, zit.: Verfassung
- GÖB, Rüdiger, Was sind eigentlich einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung? in Die Gemeinde 1957 S. 165 u. S. 205, zit.: Einfache Geschäfte
- GÖNNENWEIN, Otto, Gemeinderecht, Tübingen 1963
- GÖRG, Hubert, Neues Gemeindeverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen, in DöD 1952 S. 202, zit.: Neues Gemeindeverfassungsrecht
- GODIN-WILHELMI, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Kommentar, 2. Aufl. Berlin 1950, zit.: AktG
- GÜTZKOW, Horst, Die Amtshaftung in der neueren Rechtsprechung und Literatur, in DÖV 1953 S. 289, zit.: Amtshaftung

HAARMANN, Wennemar, Beschlußausschüsse und Beschlußverfahren,
in DVBl 1950 S. 39, zit.: Beschlußausschüsse

- - Die Neuregelung des Beschlußverfahrens in Nordrhein-West-
falen, in DVBl 1958 S. 1, zit.: Neuregelung

HAAS, Diether, System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten,
Karlsruhe 1955, zit.: System

HACHENBURG, Max (früher STAUB-HACHENBURG), Kommentar zum
GmbH-Gesetz, 6. Aufl., Berlin 1956 u. 1959,
zit.: Schilling in Hachenburg, GmbH-Gesetz

HALTERMANN, Manfred, Haftung der Ratsmitglieder, in SKV 1956 S. 207,
zit.: Haftung

HAMANN, Andreas, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
vom 23. Mai 1949, Kommentar, 2. Aufl. Neuwied-Berlin 1961,
zit.: GG

HARTMANN, - , Zum Begriff "Vorteil oder Nachteil" beim Ausschluß von
ehrenamtlicher Kommunaltätigkeit wegen Interessenkollision,
in DVBl 1956 S. 708, zit.: Begriff

HAUEISEN, - , Die Bedeutung der Interessenkollision im Verwaltungs-
recht, in DVBl 1950 S. 774, zit.: Interessenkollision

HEUN, - , Vom Verhältnis der Gemeinden zu kommunalen Gesellschaften,
in Kom. pol. Bl. 1953 S. 174, zit.: Kommunale Gesellschaften

HEUSER-KOBEL, Erstattungsgesetz, Kommentar, München-Berlin 1956,
zit.: ErstG

HEYLAND, Carl, Deutsches Beamtenrecht, Berlin 1938,
zit.: Beamtenrecht

-- Das Recht der Beamten, Braunschweig 1951,
zit.: Recht der Beamten

HOFMEISTER, Walter, Interessenkollision nach deutschem Gemeindever-
fassungsrecht, Göttingen 1955, zit.: Interessenkollision

HURST, Kurt, Haftung der Ratsmitglieder nach § 30 Abs. 3 der Gemeinde-
ordnung Nordrhein-Westfalen, in Die Gemeinde 1962 S. 131,
zit.: Haftung

IPSEN, Hans Peter, Kollision und Kombination von Prüfungsvorschriften
des Haushalts- und des Aktienrechts, in JZ 1955 S. 593,
zit.: Prüfungsvorschriften

- JELLINEK, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl.,
Tübingen 1905, zit.: System
- JELLINEK, Walter, Verwaltungsrecht, unveränderter Neudruck der 3. Aufl.
Offenburg 1948, zit.: Verwaltungsrecht
- Schadenersatz aus Amtshaftung und Enteignungsentschädigung,
in JZ 1955 S. 147
- JESS, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950, zit.: BK
- JOEL, Werner, Der Begriff "Ausübung eines öffentlichen Amtes" in Art. 34
Grundgesetz, Diss. iur. Münster 1956
- KATZENSTEIN, Gerhard, Entschädigungspflicht des Staates bei rechtswi-
drig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt, Hamburg 1935,
zit.: Entschädigungspflicht
- KAYSER, Walter, Anstellungs- oder Funktionstheorie bei Amtshaftung, in
NJW 1951 S. 95, zit.: Anstellungs- oder Funktionstheorie
- Anmerkung zum BGH-Urteil vom 21. 6. 1951, in NJW 1952,
S. 377
- KAYSER-LEISS, Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt, 2. Aufl.,
München-Berlin 1958, zit.: Amtshaftung
- KELSEN, Hans, Über Staatsunrecht, in Zeitschrift für das private und öf-
fentliche Recht der Gegenwart, Bd. 40 (1914) S. 32
- v. KEMPIS, -, Das Treueverhältnis der Ratsmitglieder, in Kom. pol. Bl.
1960 S. 265 u. 313, zit.: Treueverhältnis
- KERRL-WEIDEMANN, Die Deutsche Gemeindeordnung, Kommentar,
2. Aufl. Berlin 1937, zit.: DGO
- KLEIN, Armin, Die Treupflicht der Ratsmitglieder, in Die Gemeinde 1954
S. 93 u. S. 115, zit.: Treupflicht
- KLEINHOFF, Johann, Der Beamtenbegriff des § 839 BGB, in AcP Bd. 156
(1957) S. 212, zit.: Beamtenbegriff
- KLINGER, Hans, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Göttingen 1960,
zit.: VwGO
- KOEHLER, Alexander, Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960, Kom-
mentar, Berlin-Frankfurt 1960, zit.: VwGO
- KÖTTGEN, Arnold, Abgeordnete und Minister als Statusinhaber, in Ge-
dächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 195, München 1955,
zit.: Statusinhaber

KÖTTGEN, Arnold, Innere Struktur und Zuständigkeit der Gemeindevertretung, in DVBl 1952 S.421, zit.: Innere Struktur

- - Gemeindeverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen, in KommHdb. Bd.1 §§ 45-48, zit.: Gemeindeverfassungsrecht

- - Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände, in KommHdb. Bd.1 §§ 23-31 S.185, zit.: Wesen u. Rechtsform

- - Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde, in Sonderdruck aus der Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd.1, Karlsruhe 1960, zit.: Wirtschaftliche Betätigung

KOLDEWEY, Rudolf, Der Kommunalvertreter ist nicht Ehrenbeamter, in DDG 1958, S. 508

KOTTENBERG, Kurt, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 7. Aufl., Siegburg 1963, zit.: nwGO

KÜHLTHAU, Walter, Gemeindevertreter als Aufsichtsratsmitglieder, in Kom. pol. Bl. 1956 S. 329, zit.: Gemeindevertreter

KUNZE-SCHMID, Die Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 25. Juli 1955, Kommentar, Stuttgart-Köln 1956, zit.: bwGO

LAFORET, Wilhelm, Verwaltung und Ausführung der Gesetze nach dem Bonner Grundgesetz, in DÖV 1949 S. 221, zit.: Verwaltung und Ausführung

LANG-WEIDMÜLLER, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 27. Aufl., Berlin 1959, zit.: Komm. z. GenG

LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd., Besonderer Teil, 3. Aufl., München-Berlin 1959, zit.: Schuldrecht bes. Teil

LAURITZEN, Lauritz, Die Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein, Kiel 1950, zit.: Selbstverwaltung

LEDERER, Heino, Die Haftung der Gemeinderatsmitglieder für die Folgen schadenstiftender Beschlüsse des Gemeinderates, in Bayer. Bgm. 1949 S. 6, zit.: Haftung

LEHMANN, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Aufl., Berlin 1960, zit.: Allg. Teil des BGB

LEIBHOLZ, Gerhard, Das Wesen der Repräsentation, 2. Aufl., Berlin 1960, zit.: Repräsentation

- LINDEMANN, Kurt, Die niedersächsische Gemeindeordnung, Kommentar, Hannover 1955, zit.: ndsGO
- LUDWIG, Wolfgang, Die Werkleitung, Köln 1958, zit.: Werkleitung
- LÜNENBERGER, Fritz, Die Vertretung der Gemeinde im Rechtsverkehr, Frankfurt 1951, zit.: Vertretung
- LÜTTGER, Heinz, Der Kommunalvertreter ist nicht Ehrenbeamter, in DDG 1958 S. 183 u. S. 588
- v. MANGOLDT, Hermann, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Berlin-Frankfurt 1953, zit.: Kommentar
- v. MANGOLDT, Hermann - KLEIN, Friedrich, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin-Frankfurt 1957, zit.: Kommentar, 2. Aufl.
- MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz, Kommentar, München-Berlin 1961, zit.: Grundgesetz
- MAYER, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München-Leipzig 1924
- MEYER-MEULENBERGH, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 9. Aufl. München-Berlin 1961, zit.: GenG
- MOTIVE zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1888
- MUNTZKE-SCHLEMPPE, Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung, Bad Homburg-Berlin 1954, zit.: heGO
- NADLER-WITTLAND-RUPPERT, Deutsches Beamtenrecht II Deutsches Beamtenengesetz, Berlin 1937-38, zit.: DBG
- NEESSE, Gottfried, Die Interessenkollision im bayerischen Gemeinderecht, in Bayer. Bgm. 1955 S. 196 u. S. 219, zit.: Interessenkollision
- NEUMANN, Nikolaus, Die Rechtsstellung der Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften im Lande Nordrhein-Westfalen, Diss. jur. Köln 1957, zit.: Rechtsstellung
- NEUMANN-DUESBERG, Horst, Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960
- ODENBREIT, Walter, Die Deutsche Gemeindeordnung in der im britischen Kontrollgebiet geltenden Fassung, 5.-7. Aufl., Münster 1948, zit.: rev. DGO
- ODENBREIT-HENSEL, Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 11. Aufl., Münster 1961, zit.: GO

- PAGEL, Paul, Die Deutsche Gemeindeordnung, Hamburg 1948,
zit.: Gemeindeordnung
- PAGENKOPF, Hans, Einführung in die Kommunalwissenschaft,
Münster 1960, zit.: Kommunalwissenschaft
- PALANDT, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl.,
München-Berlin 1962, zit.: BGB
- PARISIUS-CRÜGER, bearbeitet von CITRON, Erwerbs- und Wirtschafts-
genossenschaften, Kommentar, 12. Aufl. Berlin-Leipzig
1932, zit.: Komm. z. GenG
- PAUL, Heinz, Die Amtsverschwiegenheit der Ratsherren und Gemeindebe-
diensteten, in SKV 1958 S. 4, zit.: Amtsverschwiegenheit
- PENTZ, Adolf, Die Haftung mehrerer Beamter, in DÖV 1961 S. 97
- PETERS, Hans, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg
1949, zit.: Lehrbuch
- Die neue Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen,
in DVBl 1953 S. 38
- RAMBECK, Hans, Zur Frage der Beteiligung von Gemeinden an Genossen-
schaften, in Bayer. Bgm. 1957 S. 127, zit.: Beteiligung an
Genossenschaften
- RASCH, E., Die Behörde, in VwArch 50. Bd. (1959) S. 1
- RATTAY, -, Haftung der Ratsmitglieder (Niedersachsen und Schleswig-
Holstein), in SKV 1956 S. 208, zit.: Haftung
- REICHSGERICHTSRATE-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch,
11. Aufl., Berlin 1959-60, zit.: BGB-RGRK
- REINHARDT, Rudolf, Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des
Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von
Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung ge-
setzlich neu zu regeln? Juristentag 1955, zit.: Reinhardt,
Verh. 41. DJT, Bd. I 1. Halbbd. (1955) S. 233
- Einige Grundgedanken über § 839 BGB und die Staatshaftung,
in DÖV 1955 S. 542, zit.: Grundgedanken
- REINHARD, Wilhelm, Die Grenzen der Amtshaftung, Diss. iur. Freiburg
1951
- RICHTER, Fritz, Zum Begriff der öffentlichen Gewalt, in JW 1938 S. 3274,
zit.: Öffentliche Gewalt

- RIETDORF, Fritz, Das neue Beschlußverfahren in Nordrhein-Westfalen (Zwei Entgegnungen), in Städtetag 1958
- SALZMANN-SCHUNCK, Das Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz, 2. Aufl., Siegburg 1955, zit.: rhpfGO
- SCHACK, Friedrich, Entschädigung bei "legislativem Unrecht"? in MDR 1953, S. 514, zit.: Entschädigung
- SCHATTENFROH, Max, Deutsche Gemeindeordnung, München-Berlin-Leipzig 1935, zit.: DGO
- SCHEUNER, Ulrich, Grundfragen der Staatshaftung für schädigende Eingriffe, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 331, zit.: Grundfragen
- Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht, in DÖV 1955 S. 545
- SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI, Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl. Berlin 1937, zit.: AktG
- SCHNEIDER, Egon, Die Zuständigkeit des Rates im bürgerlichen Rechtsverkehr, in Kom.pol. Bl. 1956 S. 906, zit.: Zuständigkeit
- SCHOEN, Xaver, Grenzen zwischen Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, in DÖV 1953 S. 677 u. S. 713, zit.: Grenzen
- SCHROER, Leopold, Amtshaftung und Enteignungsentschädigung, in JZ 1955 S. 308, zit.: Amtshaftung
- SCHÜLE, Adolf, Treu und Glaube im deutschen Verwaltungsrecht, in VwArch 38. Bd. (1933) S. 399, zit.: Treu und Glauben
- SCHULZE, Werner, Die Rechtsstellung der Gemeindeorgane in der britischen Zone, in AöR 76. Bd. (1950/51) S. 25
zit.: Rechtsstellung
- SCHWARZ-DREHER, Strafbgesetzbuch, Kommentar, 23. Aufl., München-Berlin 1961, zit.: StGB
- SCHUNCK-DE CLERCK, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Siegburg 1961, zit.: VwGO
- SCUPIN, Hans Ulrich, Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland, in KommHdb. Bd. II §§ 85-88 S. 606, zit.: Polizeirecht
- SIEBERT, Wolfgang, Die Haftung juristischer Personen des öffentlichen Rechts nach § 89 BGB im Rahmen des allgemeinen Haftungsrechts, in DÖV 1951 S. 44, zit.: Haftung

- SOERGEL-SIEBERT, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, I. Bd. § 1 bis 432, II. Bd. § 433 bis 853, 9. Aufl., Stuttgart-Köln 1959, 1962, zit.: BGB
- SOMMER, Walter, Zur Rechtsstellung des Gemeindedirektors in Nordrhein-Westfalen, in Städtetag 1957 S. 5
- STAUB, Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Bd. §§ 178-342, 14. Aufl., Berlin-Leipzig 1933, zit.: Staub-Pinner, HGB
- v. STAUDINGER, Kommentar zum BGB, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Berlin 1957, zit.: Staudinger-Coing, BGB
- II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil (§§ 631-853), 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1929, zit.: Staudinger-Engelmann, BGB
- STIER-SOMLO, Fritz, Handbuch des kommunalen Verfassungsrechts in Preußen, 2. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1928, zit.: Hdb. d. Komm. VerfR in Preußen
- SÜSTERHENN-SCHÄFER, Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Koblenz 1950, zit.: Kommentar zur rhpf. Verfassung
- SUREN-LOSCHOLDER, Die Deutsche Gemeindeordnung, Kommentar, Berlin 1940, zit.: DGO
- SUREN, Friedrich-Karl, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd. II Gemeindewirtschaftsrecht, Köln-Berlin-München-Bonn 1960, zit.: Gemeindewirtschaftsrecht
- TÖGEL, Siegfried, Zur Auslegung des Art. 34 GG, in JZ 1951 S. 107, zit.: Auslegung
- TIETGEN, Walter, Die Amtshaftung im System der Ersatzleistungen und des Rechtsschutzes, in DVBl 1955 S. 549, zit.: Amtshaftung
- TRAVING, Klaus, Die Staatshaftung nach Art. 34 GG und ihre Anwendbarkeit in Fällen rechtswidriger Gesetzesbeschlüsse durch Abgeordnete, Diss. jur. Kiel 1958, zit.: Staatshaftung
- v. TUREGG-KRAUS, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Berlin 1962, zit.: Verwaltungsrecht
- ULE, Carl Hermann, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. I 2. Halbbd. 2. Aufl., Köln-Berlin-München-Bonn 1962, zit.: VwGO
- Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht, Berlin-Köln-Detmold-München 1951, zit.: Rechtsschutz

- VOGEL, Klaus, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959, zit.: Wirtschaftseinheiten
- VOGT, Hans, Die Behördenbegriffe. Zugleich eine Prüfung der Rechtsstellung der gemeindlichen Stellen im Lande Nordrhein-Westfalen. Diss. jur. Münster 1956, zit.: Behördenbegriffe
- WEIMAR, Wilhelm, Die Amts- und Staatshaftung, Frankfurt 1955
- WERNER, Leopold - KLECATSKY, Hans, Das Österreichische Bundesverfassungsrecht, Wien 1961, zit.: Bundesverfassungsrecht
- WIECZOREK, Bernhard, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert, Bd.1-6, Berlin 1957-1959, zit.: ZPO
- WOLFF, Hans Julius, Organschaft und Juristische Person, II. Bd.: Theorie der Vertretung, Berlin 1933-1934, zit.: Vertretung
- Die Rechtsstellung der Beschlußausschüsse in Nordrhein-Westfalen, in Karl Arnold Festschrift, Köln-Opladen 1955 S.291, zit.: Rechtsstellung
- Verwaltungsrecht I, 4.Aufl., München-Berlin 1961
- Verwaltungsrecht II, München-Berlin 1962
- WORMIT, Hans-Georg, Die Landkreisordnungen in der Bundesrepublik Deutschland, Deutscher Gemeindeverlag 1960
- ZEISS, Friedrich, Das Eigenbetriebsrecht der gemeindlichen Betriebe, 2.Aufl., Stuttgart 1962, zit.: Eigenbetriebsrecht
- Kommunales Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, in KommHdb. Bd.3, §§ 76-79 S.611, zit.: Wirtschaftsrecht
- ZUHORN-HOPPE, Gemeinde-Verfassung, Kommentar, 2.Aufl. Siegburg 1962
- ZUMPE, Walter, Die Rechtsstellung des Ratsmitgliedes im Lande Nordrhein-Westfalen, Diss. jur. Köln 1954, zit.: Rechtsstellung

§ 1 Einführung

Im Jahre 1946, als die alliierte Militärregierung für das britische Kontrollgebiet durch die Verordnung Nr. 21 ¹⁾ die revidierte Gemeindeordnung in Kraft setzte, begann für das Gemeinderecht im heutigen Land Nordrhein-Westfalen ein neuer Abschnitt. Das in der allmächtigen Stellung des Bürgermeisters verkörperte Führerprinzip der Deutschen Gemeindeordnung (DGO) wurde durch das Prinzip der gemeinschaftlichen Verantwortung ersetzt. Seinen Ausdruck fand dieser demokratische Gedanke in dem von der Bürgerschaft gewählten Rat der Gemeinde. Dem Rat oblag voll und ausschließlich die Verwaltung der Gemeinde (§§ 6 Abs. 1, 32 Abs. 1, 37 Abs. 1 rev. DGO). Zum ersten Mal im deutschen Gemeinderecht wurde durch § 33 Abs. 3 rev. DGO eine Schadenersatzpflicht der Ratsmitglieder gegenüber der Gemeinde eingeführt.

Am 28. Oktober 1952 wurde die rev. DGO durch die Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GS. NW. S. 167) ersetzt. In ihrer Grundstruktur übernahm die neue Gemeindeordnung die Gedanken der rev. DGO. Wieder wird die Verwaltung der Gemeinde ausschließlich durch den Willen der Bürgerschaft bestimmt (§§ 7, 27 Abs. 1 u. 2 nwGO). Sie liegt in den Händen des aus den Wahlen der Bürgerschaft hervorgegangenen Rates (§ 27 Abs. 2 nwGO). Auch die Schadenersatzpflicht der Ratsmitglieder ²⁾ gegenüber der Gemeinde ist durch § 30 Abs. 3 nwGO in die Gemeindeordnung übernommen worden.

1) MRVO Nr. 21 vom 21. 4. 1946, Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, britisches Kontrollgebiet S. 127-149.

2) Die Bezeichnung Ratsmitglied, die die GO verwendet, ist nicht obligatorisch. Je nach örtlicher Regelung können die Ratsmitglieder auch als Gemeinde- bzw. Stadtverordnete oder als Ratsherren bezeichnet werden (vgl. Ziff. 2 der I VerwVO zu § 27 GO). Die Bezeichnung Stadtrat ist dagegen nur mit Zustimmung des Landesinnenministers zugelassen, vgl. OVG Münster AS Bd. 9 S. 214).

Die Ratsmitglieder können im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit der Gemeinde oder einem außenstehenden Dritten einen Schaden zufügen. Im Gegensatz zu der ausdrücklichen Regelung der Haftung der Ratsmitglieder gegenüber der Gemeinde (Innenhaftung) enthält die GO keine Bestimmungen über die Haftung der Ratsmitglieder gegenüber außenstehenden Dritten oder der Haftung der Gemeinde gegenüber Dritten für schadenstiftende Handlungen der Ratsmitglieder (Außenhaftung). In der folgenden Untersuchung sollen die möglichen Haftungstatbestände, aus denen die Ratsmitglieder bzw. die Gemeinde haftbar gemacht werden können, aufgezeigt werden; insbesondere soll die Frage untersucht werden, inwieweit die allgemeinen Vorschriften über die Haftung nach Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB und nach §§ 89, 31 BGB bei privatrechtlichen Handlungen auch auf Ratsmitglieder Anwendung finden können. Weiter soll die Innenhaftung nach § 30 Abs. 3 nwGO untersucht werden. Diese Vorschrift über die vermögensrechtliche Haftung der Ratsmitglieder gegenüber der Gemeinde birgt - weil sie so neuartig im deutschen Gemeinderecht ist - zahlreiche Zweifelsfragen, zu deren Klärung diese Arbeit beizutragen versucht.

Erster Teil

Die Außenhaftung

(Haftung der Ratsmitglieder gegenüber außenstehenden Dritten)

I. Kapitel: Grundlagen

=====

§ 2 Der Rat und die Ratsmitglieder im System der Gemeindeverfassung von Nordrhein-Westfalen

Die Gemeinden sind ihrer rechtlichen Natur nach Gebietskörperschaften (§ 1 Abs. 2 nwGO) und damit Körperschaften des öffentlichen Rechts. Körperschaften des öffentlichen Rechts sind juristische Personen. Die Gemeinden nehmen daher als juristische Personen am Rechtsverkehr teil. Sie haben alle Rechte und Pflichten einer juristischen Person. Wie jede andere juristische Person sind die Gemeinden von Natur aus willens- und handlungsunfähig. Um im Rechtsleben tätig werden zu können, müssen sich die Gemeinden natürlicher Personen bedienen; sie müssen sich vertreten lassen. Für die juristischen Personen ist die organschaftliche Vertretung ³⁾ die wichtigste Vertretungsform. Der in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung verwandte Organbegriff für die Vertretung der juristischen Person ist hinsichtlich seines Inhaltes vielschichtig ⁴⁾.

Organe in den Gemeinden sind die durch gemeindliche Organisationsnormen begründeten Zuständigkeitskomplexe ⁵⁾. Es sind Institutionen, denen die Zuständigkeiten zur Wahrnehmung der Berechtigungen und Verpflichtungen der Gemeinden als Subjekte der öffentlichen Verwaltung ⁶⁾ komplex

3) Über die Organschaft als Vertretungsform vgl. Hans J. WOLFF, Vertretung, S. 1 f., 224 ff.

4) Vgl. bei BENNER, Zuständigkeitsverteilung, S. 10 ff., die Darstellung und Auseinandersetzung der sehr unterschiedlichen Organlehren und Organbegriffe, wie sie von O. v. GIERKE, PREUSS, HELFRITZ und G. JELLINEK geprägt wurden.

5) Vgl. Hans J. WOLFF, Vertretung, S. 236.

6) Über die Grundlagen und den Umfang verwaltungsrechtlicher Berechtigungen und Verpflichtungen vgl. Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., § 41 I c u. II - IV.

und unabhängig von den Personen zugewiesen sind. Organe in diesem Sinne sind durch organisatorische Gesetze gebildete, institutionelle, eigenständige Subjekte von Wahrnehmungszuständigkeiten ⁷⁾.

Als rechtstechnischen Subjekten fehlt es den Organen an einer eigenen Willens- und Handlungsfähigkeit, um die in ihnen zusammengefaßten Rechte und Pflichten auszuüben ⁸⁾. Die Menschen, die als physische Personen diese Fähigkeit besitzen und deren sich das Organ zur Wahrnehmung der in ihm vereinigten Zuständigkeiten bedient, sind die sogenannten Organwalter ⁹⁾.

Durch den Organwalter wird das Organ erst willens- und handlungsfähig, da der Wille und das Verhalten des Organwalters als Wille und Verhalten des Organs gilt, also ihm rechtstechnisch zugerechnet wird ¹⁰⁾. Da das Handeln des Organs, Handeln der juristischen Person ist, wird das Handeln des Organwalters letztlich als Handeln der juristischen Person angesehen.

Ein Organ kann aus einer bestimmten, bestimmbaren oder unbestimmten Vielheit von Organwaltern bestehen ¹¹⁾. Ein solches Organ ist ein Kollegialorgan. Trotz der Vielheit der Organwalter ist ein Kollegialorgan ein einheitliches Organ ¹²⁾. Die Zuständigkeiten eines Kollegialorgans werden von mehreren gleichberechtigten Organwaltern wahrgenommen, die in einer von besonderen Organisationsnormen bestimmten Weise zusammenwirken. Außer der Kompetenz gehören daher zum Begriff des Kollegialorgans drei Merkmale: die Vielheit der mitwirkenden Personen, die Gleichstellung der Mitglieder und die Organisation der Mitglieder zu

7) Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht II, § 74 I.

8) Dies gilt nur für das institutionelle Organ; nicht dagegen für die personelle Organschaft im Sinne O. v. GIERKES, der die handelnden Personen als Organe bezeichnet.

9) Vgl. zum Begriff des Organwalters Hans J. WOLFF, Vertretung, S. 228 ff; vgl. auch Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht II, § 74 IV.

10) Hans J. WOLFF, Vertretung, S. 235, 242 ff.

11) Hans J. WOLFF, Vertretung, S. 243.

12) DAGTOGLOU, Kollegialorgane, S. 44; Hans J. WOLFF, Vertretung, Anm. 2, S. 246 f.

einer rechtlichen Einheit (Kollegium)¹³⁾. Der Wille des Organs äußert sich in Beschlüssen, die aus dem Willen der Organwalter resultieren¹⁴⁾. Rechtlich unterscheidet sich ein Individualorgan von einem Kollegialorgan durch den Entstehungsprozeß der Organakte. Bei einem Kollegialorgan ist dieser Entstehungsprozeß komplizierter, weil aus der Vielheit der Stimmen der sich im Beschluß äußernde Wille des Organs gebildet werden muß; er ist aber auch offenkundiger und kontrollierbarer, weil der Entstehungsprozeß des Organaktes unter bestimmten Regeln in der objektiven Welt abläuft¹⁵⁾.

Versucht man nun den Gemeinderat und die Ratsmitglieder in dieses System einzuordnen, so zeigt sich, daß der Rat ein Organ der Gemeinde ist, da dem Gemeinderat von der Gemeindeordnung Zuständigkeiten rechtsetzender, verwaltender und kontrollierender Art zur Wahrnehmung übertragen sind (vgl. § 4; §§ 7, 27, 28; § 40 nwGO). Der Rat ist nach dem Willen der Gemeindeordnung das oberste Organ.

Er ist ein Verfassungsorgan¹⁶⁾, da der Rat durch die Gemeindeordnung gebildet ist (§§ 7, 27 Abs. 2 nwGO); er ist ein unmittelbares Organ, da sein Wille und sein Handeln unmittelbar der Gemeinde zugerechnet wird (§§ 27, 28 nwGO); er ist ein unabhängiges Organ, da er keinen Weisungen unterliegt (§ 30 Abs. 1 nwGO)¹⁷⁾.

Der Rat ist ein Kollegialorgan (§ 27 Abs. 2 S. 2 nwGO). Er besteht aus der unbestimmten Vielheit der Ratsmitglieder¹⁸⁾. Die Ratsmitglieder sind im Rat gleichgestellt (§ 35 nwGO). Jedes Mitglied hat nur eine Stimme.

13) DAGTOGLOU, Kollegialorgane, S. 32; vgl. auch seine Untersuchung zu diesen Merkmalen, a.a.O., S. 32-44.

14) Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht II, § 75 IIc.

15) DAGTOGLOU, Kollegialorgane, S. 45 f. u. S. 116.

16) ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, 2. Aufl. S. 177. Zu den Unterscheidungen nach der Art der Organe vgl. Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht II, § 75.

17) Die Abhängigkeit von der Aufsichtsbehörde spielt keine Rolle, da hier nur auf die Organstellung innerhalb der Gemeinde abgestellt wird.

18) Eine unbestimmte Vielheit eines Kollegialorgans liegt vor, wenn die Organisationsnormen einer unbestimmten oder nur minimal bestimmten Zahl von Individuen "Beschlussfähigkeit", also Willensfähigkeit als Organ zuschreiben; Hans J. WOLFF, Vertretung, S. 244.

Die Ratsmitglieder sind durch Organisationsnormen und zwar durch die Gemeindeordnung und die Ratsgeschäftsordnungen zu einer rechtlichen Einheit, dem Gemeinderat, zusammengeschlossen.

Obwohl die Gemeindeordnung dem Gemeinderat gestattet und aufgibt, Ausschüsse zu bilden (§§ 41 Abs. 1 und 2 nwGO), sind diese Ausschüsse, soweit sie lediglich die Beschlüsse des Rates vorbereiten, keine Kollegialorgane. Haben die Ratsausschüsse dagegen Entscheidungsbefugnis, so sind auch sie Kollegialorgane ¹⁹⁾.

Da der Gemeinderat erst durch die Ratsmitglieder willens- und handlungsfähig wird, sind die Ratsmitglieder Organwalter. Als solche sind die einzelnen Ratsmitglieder wie jeder Organwalter eines Individualorgans berechtigt und verpflichtet, die im Rat zusammengefaßten Kompetenzen in der von der Gemeindeordnung und der Ratsgeschäftsordnung vorgeschriebenen Weise wahrzunehmen ²⁰⁾.

Der Rat ist Behörde ^{21) 22)}, da er als Organ der Gemeinde mit Wirkung nach außen hoheitliche Funktionen ausübt ²³⁾.

Der Gemeinderat ist aber nicht nur Organ und Verwaltungsbehörde der Gemeinde, sondern der Rat ist auch das demokratische Repräsentationsorgan der Bürgerschaft.

Das für die Bundesrepublik in Art. 20 Abs. 2 GG statuierte Prinzip der repräsentativen Demokratie wird durch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG auf die Gebietskörperschaften verpflichtend ausgedehnt. Um das politische Form-

19) DAGTOGLOU, Kollegialorgane, S. 40 f.

20) Hans J. WOLFF, Vertretung, S. 244.

21) OVG Münster AS Bd. 1 S. 27 (29); Bd. 5 S. 70/71; Urt. v. 30. 10. 1950 in Städtetag 1951 S. 399; ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, 2. Aufl. S. 178; VOGT, Behördenbegriffe, S. 88 u. a.

22) Der Rat ist auch Verwaltungsbehörde im Sinne des § 78 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO und § 5 Abs. 2 des nw Gesetzes zur Ausführung der VwGO vom 26. 3. 1960 GVBl. S. 47.

23) Vgl. die Behördenbegriffe bei FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 386 f; PETERS, Lehrbuch, S. 115; v. TUREGG-KRAUS, Verwaltungsrecht, 4. Aufl., S. 213; zum Behördenbegriff vgl. im einzelnen VOGT, Behördenbegriffe, insbesondere S. 71 ff; RASCH, Behörde, in VwArch. 1959 S. 1 (12).

prinzip der Demokratie auch in den Gemeinden zu verwirklichen, muß die Bürgerschaft in den Gemeinden "eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist" (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG). Dementsprechend ist das kommunale Wahlrecht dem parlamentarischen angepaßt. In Anlehnung an Art. 38 GG hat die nwGO in § 30 Abs. 1 für die Ratsmitglieder die klassische Formel des repräsentativen Parlamentarismus übernommen; die Ratsmitglieder sind an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. Der Gemeinderat ist kein Parlament, er ist eine politische Körperschaft, die unter ausschlaggebender Beteiligung der politischen Parteien, nach den Vorschriften des kommunalen Wahlrechts von der Bürgerschaft gewählt wird. Politische Kräfte und Ziele bestimmen daher weitgehend die Arbeit im Gemeinderat.

Das freie Mandat einerseits und die den Ratsmitgliedern von der Gemeindeordnung aufgegebenen Amtspflichten andererseits, verschaffen den Ratsmitgliedern einen doppelten Status. Die beiden Rechtsstellungen scheinen sich auszuschließen, da die dem Beamtenrecht entnommenen Amtspflichten mit dem repräsentativen Status unvereinbar sind ²⁴⁾. Von den repräsentativen und den administrativen Funktionen der Ratsmitglieder her, bestehen allerdings keine Bedenken, da der Verbindung von Organwaltung und Repräsentation in einer Person nichts im Wege steht ²⁵⁾. Auch trennt das (gemeindliche) Verwaltungsrecht nicht mit der Schärfe des Verfassungsrechts zwischen Volksvertretung und dem Ämterkolleg ²⁶⁾. Die nwGO zeigt daher in der Rechtsstellung der Ratsmitglieder eine Grenzverflüssigung zwischen dem repräsentativen und dem amtsrechtlichen Status ²⁷⁾, die vielleicht auf die weitere Rechtsentwicklung nicht ohne Einfluß bleiben wird.

24) KÖTTGEN, Innere Struktur, in DVBl 1950, S. 422.

25) Hans J. WOLFF, Vertretung, S. 335 ff.

26) KÖTTGEN, Wesen und Rechtsform, in KommHdb. Bd. 1, § 24, S. 200.

27) KÖTTGEN, a.a.O., S. 201.

II. Kapitel: Die Haftung für hoheitliches Handeln

=====

§ 3 Amtshaftungsrechtliche Grundfragen

In diesem Kapitel soll zunächst die Haftung für hoheitliches Handeln der Ratsmitglieder untersucht werden. Bei der Untersuchung, ob vielleicht für Ratsmitglieder die Haftung aus Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB Anwendung finden kann, müssen zwangsläufig Probleme der Amtshaftung erörtert werden.

I. Die Amtshaftung und Art. 34 GG

Die Amtshaftung¹⁾ ist das Entstehen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft im Wege der Haftungsübernahme für eine schuldhaft Amtspflichtverletzung der Personen, die in Ausübung eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt haben. Haftungsgrundlage der Amtshaftung ist heute Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB.

Die Übernahme der Haftung durch den Staat war früher für die Beamten im Reichshaftungsgesetz vom 22. Mai 1910 (RGBl. S. 798) und in einer Reihe von Landesgesetzen geregelt, von denen das Preuß. Staatshaftungsgesetz vom 1. August 1909 (GS S. 691)²⁾ die größte Bedeutung erlangt hat.

Durch Art. 131 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) wurde die Schadenersatzpflicht des Staates für schuldhaft rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt neu geregelt. Der Art. 34 GG wurde dieser Vorschrift nachgebildet, ohne daß der Verfassungsgesetzgeber eine materielle Änderung oder Erweiterung gegenüber dem Art. 131 WRV herbeiführen wollte³⁾.

1) Die Begriffe Amtshaftung und Staatshaftung werden synonym gebraucht. Hier soll dem Begriff Amtshaftung mit Rücksicht auf das Verhältnis Gemeinde-Ratsmitglied der Vorzug gegeben werden, obwohl der Begriff Amtshaftung auch für die fiskalische Beamtenhaftung verwendet werden kann.

2) Die Einzelbestimmungen des prBHftG behalten ihre Gültigkeit als "nähere Regelung", soweit sie Art. 34 GG nicht widersprechen. Vgl. LEHMANN, Allg. Teil des BGB, 12. Aufl. § 60 III 3, S. 429; für die Zeit der Geltung des Art. 131 WRV vgl. RGZ 102, 166 (168); 106, 34; 107, 61; BGHZ 9, 289 = NJW 1953, S. 941; BGH Urt. v. 11.12.61 = NJW 1962, S. 485; BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 10 zu § 839.

3) JESS, in BK, Erl. I zu Art. 34.

Ebenso wie Art. 131 WRV enthält Art. 34 GG kein materielles Amtshaftungsrecht⁴⁾. Zwar wurde später vereinzelt die Auffassung vertreten, daß sich die Amtshaftungsbestimmungen verselbständigt hätten und nun "nicht mehr an das BGB angeseilt seien"⁵⁾. Diese Auffassung fand aber in Literatur und Rechtsprechung keine Zustimmung⁶⁾.

a) "Verantwortlichkeit" in Art. 34 GG

Die in Art. 34 GG erwähnte "Verantwortlichkeit" bedeutet die in § 839 normierte Schadenersatzpflicht eines Beamten. Durch Art. 34 GG nimmt die öffentlich-rechtliche Körperschaft den Beamten die Haftung ab und tritt dem Geschädigten gegenüber in die Schuld des Beamten ein⁷⁾. Ehe es also zur Amtshaftung kommt, müssen zunächst die Haftungsvoraussetzungen des § 839 BGB in allen Tatbestandsmerkmalen durch einen Amtsträger verwirklicht worden sein⁸⁾. Der Art. 34 GG muß durch den § 839 BGB materiell ausgefüllt werden. Nur unter den in § 839 BGB geregelten Voraussetzungen und den dort gezogenen Grenzen⁹⁾ haftet der Staat für Amtspflichtverletzungen seiner Amtsträger¹⁰⁾.

b) "Öffentliches Amt" = "Öffentliche Gewalt"

Die Amtshaftung nach Art. 34 GG tritt nur dann ein, wenn der Schaden bei der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit entstanden ist. Aus der Verschiedenheit des Wortlautes des Art. 131 WRV zu Art. 34 GG, in welchem der Ver-

4) v. MANGOLDT, Kommentar, Anm. 2 zu Art. 34, S. 215.

5) W. JELLINEK in einer Würdigung gegen BGHZ 13, 88 in JZ 1955, S. 147 (149).

6) BGHZ 9, 65 (67) = NJW 1953 S. 785 = DVB1 1953 S. 303; BGHZ 34, 99 (110) = NJW 1961 S. 658 = MDR 1961 S. 292. SCHROER, Amtshaftung, in JZ 1955 S. 308 (310).

7) RGZ 155, 269; 162, 161.

8) KAYSER-LEISS, Amtshaftung, S. 21; a. M. TRAVING, Staatshaftung, S. 131; "Die Staatshaftung ist eben nicht die Übernahme einer fremden, bestehenden Verbindlichkeit, sondern die Begründung einer eigenen, selbständigen des Staates".

9) BGHZ 13, 88 (104 f).

10) RGZ 96, 143 (147); BGH Urt. v. 19. 2. 53 in DVB1 1953, S. 303; JESS, in BK, Erl. II 8 zu Art. 34; v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl. Anm. II 7 zu Art. 34; ebenso für Art. 131 WRV ANSCHÜTZ, Verfassung, 14. Aufl. Anm. 9 zu Art. 131.

fassungsgesetzgeber die Worte "öffentliche Gewalt" aus dem Art. 131 WRV durch die Worte "öffentliches Amt" ersetzt hat, wurde von einigen Autoren gefolgert, daß die Amtshaftung des Art. 34 GG dahin erweitert worden sei, daß nun der Staat auch dann hafte, wenn der Schaden durch einen Amtsträger bei Ausübung privatrechtlicher Handlungen verursacht worden ist ¹¹⁾.

Diese Ansicht wird in der Rechtsprechung und in der Literatur abgelehnt. Nach der herrschenden Meinung ¹²⁾ tritt die Haftungsübernahme der öffentlich-rechtlichen Körperschaft nach Art. 34 GG nur dann ein, wenn die Amtspflichtverletzung im hoheitlichen Bereich erfolgt ist ¹³⁾. Die neue Formulierung des Art. 34 GG trägt nur der Begriffsbestimmung Rechnung, die der Begriff "öffentliche Gewalt" in Art. 131 WRV durch die Rechtsprechung erfahren hat ¹⁴⁾. Durch die andere Wortwahl wird sachlich nichts geändert, denn eine Änderung des inneren Gehalts des Art. 34 GG gegenüber dem Art. 131 WRV war bei der Schaffung des Grundgesetzes nicht beabsichtigt ¹⁵⁾.

11) GIESE, Grundgesetz, 1. Aufl. Anm. 2 zu Art. 34, abgeschwächt in 4. Aufl., S. 56 ff; SÜSTERHENN-SCHÄFER, Kommentar zur rhpf Verfassung, S. 442; FRIESENHAHN, Grundlagen, in Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2, S. 279; weitere Nachweise vgl. FRIEBE, Haftpflicht, 2. Aufl., S. 183.

12) Der III. Zivilsenat des BGH will die h. M. verlassen. Er vertritt die Ansicht, daß Art. 34 GG auch bei Amtspflichtverletzungen im Bereich des Privatrechtsverkehrs eingreift. Der Große Senat für Zivilsachen hat dieses im Rahmen einer Vorlagefrage des III. Senates zur Erörterung gestellte Problem aber offengelassen, da es für die Beantwortung der Vorlagefrage auf die Lösung des Problems nicht ankam, vgl. BGHZ 34, 99 = NJW 1961 S. 658 = MDR 1961 S. 292.

13) Vgl. die aus Anlaß der Vorlagefrage erfolgte eingehende Auseinandersetzung mit den beiden Auffassungen und die Verteidigung der h. M. bei KREFT in LM Nr. 13 zu § 839 (D).

14) BGHZ 2, 209, 366; 3, 321; 4, 10, 77; JESS, in BK, Erl. I und II 1 u. 2 zu Art. 34; v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl., Anm. III 2a zu Art. 34; FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 282; FRIEBE, Haftpflicht, 2. Aufl., S. 183 mit nahezu vollständigen Nachweisen; TÖGEL, Auslegung, in JZ 1951, S. 107 (108).

15) SCHROER, Amtshaftung, in JZ 1955, S. 310 mit Nachweisen.

c) "Jemand" = "Beamter"

Noch eine weitere Wortänderung erfolgte in Art. 34 GG. Stellte es der Art. 131 WRV darauf ab, daß die Amtspflichtverletzung von einem "Beamten" begangen ist, so tritt nach Art. 34 GG die Amtshaftung ein, wenn "jemand" in Ausübung eines ihm anvertrauten Amtes eine Amtspflichtverletzung begeht. Diese Wortänderung ist das unbefriedigende Ergebnis der Unterscheidung in einen staatsrechtlichen und einen haftungsrechtlichen Beamtenbegriff.

II. Die zwei Beamtenbegriffe für Art. 34 GG und § 839 BGB

Folgt man den Kommentierungen zu Art. 34 GG und § 839 BGB, so ist Beamter im Sinne des § 839 BGB nur derjenige, der durch Berufung in ein Beamtenverhältnis unter Aushändigung einer Ernennungsurkunde (§§ 2, 6 BBG, §§ 2, 7 nwlBG) Beamter im staatsrechtlichen Sinne ist. Für die Amtshaftung dagegen hat der Beamtenbegriff eine Erweiterung dahin erfahren, daß alle mit hoheitlichen Aufgaben betrauten Personen Beamte im haftungsrechtlichen Sinne sind ¹⁶⁾. Nach der noch herrschenden Meinung ¹⁷⁾ werden die mit hoheitlichen Funktionen betrauten, aber nichtbeamteten Personen nur soweit als Beamte im Sinne des § 839 BGB behandelt, als das Eingreifen der Amtshaftung in Frage steht; im übrigen wird ihnen die Beamteneigenschaft nicht zuerkannt. Dies führt zu einer "Als-ob-Behandlung", zu einem unterschiedlichen Begriffsinhalt des in § 839 BGB gebrauchten Wortes "Beamter", je nachdem, ob die persönliche Haftung des Beamten geprüft wird, oder ob nach § 839 BGB die Prüfung der Voraussetzungen für den Eintritt der Amtshaftung Gegenstand der Untersuchung ist.

16) BGB-RGRK, 11. Aufl., Anm. 12 zu § 839; ERMAN-DREES, BGB, 3. Aufl., Bem. 2 B d zu § 839; SOERGEL-SIEBERT, BGB, 9. Aufl., Anm. 30 zu § 839; FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 282; v. MAN-GOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl., Anm. III 1 a zu Art. 34; Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 64 II b.

17) ERMAN-DREES, BGB, 3. Aufl., Bem. 2 B d zu § 839; PALANDT-GRAMM, BGB, 21. Aufl., Anm. 3 a zu § 839; KAYSER-LEISS, Amtshaftung, S. 25; LARENZ, Schuldrecht bes. Teil, 3. Aufl. S. 381. Vgl. die sich anbahnende Wandlung, dargestellt auf S. 20 ff.

Da die Amtshaftung nur die Folgen der persönlichen Haftung des Amtsträgers übernimmt, müßte konsequenterweise bei Amtspflichtverletzungen durch nichtbeamtete Personen eine andere haftungsausfüllende Norm als § 839 BGB herangezogen werden: eine Norm, die für jedermann eine Schadenersatzpflicht hervorruft, also etwa § 823 BGB. Der § 839 BGB dürfte für nichtbeamtete Personen nicht als haftungsausfüllende Norm zugrunde gelegt werden, da nach der üblichen Begriffsbestimmung das Wort Beamter in § 839 BGB nur die Beamten im staatsrechtlichen Sinne umfaßt¹⁸⁾. Diese Konsequenz ist allerdings bisher nirgendwo gezogen worden, man behilft sich mit der "Als-ob-Behandlung"¹⁹⁾. Für die hoheitliche Eigenhaftung eines Beamten im haftungsrechtlichen Sinne ist dagegen in der Tat auf allgemeine Haftungsvorschriften z.B. § 823 BGB zurückgegriffen worden²⁰⁾.

III. Versuch einer Synthese der unterschiedlichen Beamtenbegriffe für die Amtshaftung

Die Behandlung des Beamtenbegriffs in § 839 BGB ist unbefriedigend. Mit Rücksicht darauf, daß bei der Untersuchung der Amtshaftung der Ratsmitglieder nicht nur die Frage nach deren Amtsträgereigenschaft zu stellen ist, sondern auch die Frage nach ihrer Beamteneigenschaft, sei ein Versuch zur Zusammenführung des staatsrechtlichen und des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs für die Anwendung in § 839 BGB gemacht. KLEINHOFF setzt sich mit der Frage nach dem Verhältnis vom staatsrechtlichen zum haftungsrechtlichen Beamtenbegriff in § 839 BGB eingehend auseinander. Im folgenden wird seinen Gedankengängen im wesentlichen gefolgt.

18) Auf diese "unlösbare Schwierigkeit" bei der Begriffsauslegung der herrschenden Meinung verweist BETTERMANN in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte, III 2, S. 779 (835).

19) KLEINHOFF, Der Beamtenbegriff des § 839 BGB, in AcP 156 (1957) S. 212-231.

20) OGH BrZ. Urt. v. 16. 6. 1950 in DÖV 1951, S. 113 (115), diese Entscheidung steht aber im Gegensatz zur Judikatur des RG und des BGH.

a) Bedenken gegen den doppelten Beamtenbegriff

KLEINHOFF wendet sich dagegen, daß die mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten, aber nichtbeamteten Amtsträger nicht als Beamte im Sinne des § 839 BGB anerkannt werden, sondern nur für die Amtshaftung so behandelt werden, als ob sie Beamte im Sinne des § 839 BGB wären.

Nach seiner Ansicht fehlt es an Überzeugungskraft, warum der Art. 34 GG zu einer "Als-ob-Behandlung" nötigt²¹⁾. Als wichtiges Gegenargument zeigt er, daß eine Verschiedenartigkeit des in § 839 BGB verwendeten Beamtenbegriffs zu sachlichen Ergebnissen führt, die an Willkür grenzen²²⁾.

Dies zeigt sich insbesondere bei der hoheitlichen Eigenhaftung, also wenn aus bestimmten Gründen die Haftung des Staates ausgeschlossen ist²³⁾, der Geschädigte aber gegen den hoheitlich handelnden, jedoch nichtbeamteten Amtsträger einen Schadenersatzanspruch hat, der dann nicht auf § 839 BGB, sondern auf § 823 BGB gestützt werden muß. Eine weitere unangenehme Folge dieser "Als-ob-Behandlung" liegt darin, daß dem öffentliche Gewalt ausübenden Nichtbeamten die Rechtswohltaten des § 839 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 BGB nicht zugute kommen und damit auch die haftungspflichtige Körperschaft sich nicht auf diese Haftungsbeschränkungen berufen kann²⁴⁾.

21) KLEINHOFF, a. a. O., S. 215.

22) KLEINHOFF, a. a. O., S. 215-217.

23) Beispielsweise Haftungsbeschränkung für Personen, die ausschließlich auf den Bezug von Gebühren angewiesen sind: § 5 Ziff. 1 RBHaftG, § 1 Abs. 3 prBHaftG, § 19 BNotO; BGHZ 9, 289; BGH Urt. v. 11.12.61 = NJW 1962, S. 485;

Haftungsbeschränkung gegenüber Ausländern, deren Heimatstaaten nicht die Gegenseitigkeit garantieren: § 7 RBHaftG, § 7 prBHaftG; BGHZ 13, 241; BGH Urt. v. 1.10.56 in NJW 1956, S. 1836; BGH Urt. v. 13.7.1961 in JZ 1962, S. 100;

Haftungsbeschränkungen nach §§ 6, 12 PostG; § 9 PostscheckG; § 41 FernsprO; § 29 TelegrO; BGHZ 12, 89; Haftungsbeschränkung gegenüber Beamte des auswärtigen Dienstes § 5 Ziff. 2 RBHaftG. Diese die Haftung des Art. 34 GG einschränkenden Gesetzesbestimmungen sind nach der Rechtsprechung in Kraft geblieben (vgl. die zitierten Entscheidungen).

A. M. JESS, in BK, Erl. II 1 zu Art. 34; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1953, S. 505; BETTERMANN, in BETTERMANN-NIPPER-DEY-SCHEUNER, Die Grundrechte III 2, S. 779 (847).

24) Auf diesen Gesichtspunkt verweist FRIEBE, Neuordnung, in ZfB 1957, S. 389.

b) Entwicklungslinien zum unterschiedlichen Beamtenbegriff

Diese Folgen des doppelten Beamtenbegriffs lassen die Frage auftauchen, ob der staatsrechtliche Beamtenbegriff und der haftungsrechtliche Beamtenbegriff schon immer im Zwiespalt standen. Es erscheint zugleich anstrebenswert, diese Unstimmigkeiten zu beheben.

1) Ein kurzer Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung zeigt, daß es erst langsam zur Aufspaltung des Beamtenbegriffs gekommen ist. Bei der Schaffung des BGB hatte das Wort "Beamter" in § 839 BGB noch keine eigene Wortbedeutung, jedenfalls keinen anderen Sinngehalt als den des üblichen Sprachgebrauchs. Es gab noch keinen einheitlichen oder gar gesetzlich ²⁵⁾ festgelegten Beamtenbegriff ²⁶⁾. Als wichtigstes Merkmal für die Beamtenstellung wurde ein besonderes Gewalt- und Treueverhältnis angenommen, das im Regelfall durch formelle Berufung entstand, ausnahmsweise aber auch durch Übertragung öffentlich-rechtlicher Dienstfunktionen, deren Ausübung die Beamteneigenschaft voraussetzte ²⁷⁾. Noch gab es keine Anzeichen dafür, daß sich mehrere Beamtenbegriffe entwickeln würden. Das Reichshaftungsgesetz vom 22. Mai 1910 (RGBl. S. 798) führte noch nicht zu verschiedenen Beamtenbegriffen ²⁸⁾, aber die Anwendung des § 1 RBHaftG auf die revolutionären Arbeiter- und Soldatenräte öffnete den Weg zu einem eigenen Beamtenbegriff des Haftungsrechts, den das Reichsgericht ²⁹⁾ formulierte: "Entscheidend für die Annahme einer Beamteneigenschaft im Sinne des Staatshaftungsgesetzes und insofern auch des § 839 BGB ist vielmehr, daß der Betreffende von den Leitern des Gemeinwesens mit der Ausübung öffentlicher Gewalt als der Organtätigkeit eines Beamten betraut worden ist."

25) Selbst das Reichsbeamtengesetz vom 31. 3. 1873 (RGBl. S. 61) setzt in § 1 den Begriff des Beamten als gegeben voraus.

26) KLEINHOFF, a. a. O., S. 218 f.

27) RGZ 28, 80 (85); 90, 259 (260).

28) KLEINHOFF, a. a. O., S. 221.

29) RGZ 104, 257 (261).

2) Die Weimarer Reichsverfassung erhob die Amtshaftung durch Art. 131 zum Verfassungssatz. Als das Reichsgericht zum ersten Mal den Begriff "Beamter" in Art. 131 WRV dahin definierte, "daß als Beamter im Sinne der erwähnten Verfassungsbestimmung eine Person dann anzusehen ist, wenn der Staat sie mit öffentlicher Gewalt und zwar mit der Gewalt umkleidet, in deren Ausübung sie pflichtwidrig handelte" ³⁰⁾, wurde dieser Relativsatz hinzugefügt, um den Erfordernissen des § 839 BGB gerecht zu werden. Denn diese Einschränkung hat für die Amtshaftung keine Bedeutung, weil die Verantwortlichkeit des Staates sowieso nur dann eintritt, wenn die Amtspflichtverletzung in Ausübung der anvertrauten öffentlichen Gewalt begangen wurde. Die Einschränkung, daß die Pflichtverletzung gerade in Ausübung der verliehenen Machtbefugnisse begangen worden sein muß, steht im Gegensatz zu früheren Entscheidungen des Reichsgerichts. Das Reichsgericht vertrat in diesen Entscheidungen den umstrittenen Grundsatz, daß eine Anstellung, die zur Ausübung hoheitlicher Befugnisse berechtigt, den Erwerb der vollen Beamteneigenschaft im Innen- wie im Außenverhältnis bewirkt ³¹⁾. Es liegt die Vermutung nahe, daß das Reichsgericht mit dieser Einschränkung verhindern wollte, daß diese erst durch die Umkleidung mit öffentlicher Gewalt beamteten Personen auch für Amtspflichtverletzungen auf fiskalischem Gebiet nach § 839 BGB verantwortlich gemacht werden ³²⁾.

3) Im Beamtenrechtsänderungsgesetz vom 30. Juni 1933 (RGBl. I S. 433) wurde durch den § 3 Ziff. 1, 5, 6 die Aushändigung einer Urkunde, in der die Worte "unter Berufung in das Beamtenverhältnis" enthalten sind, zur Grundvoraussetzung für den Erwerb der staatsrechtlichen Beamteneigenschaft gemacht. Diese Neuregelung ließ die Frage auftauchen, ob die Einschränkung des nunmehr gesetzlich festgelegten staatsrechtlichen Beamtenbegriffs auch im Bereich des Haftungsrechts wirksam werden würde.

30) RGZ 105, 334 (335).

31) RGZ 28, 80 (85); 90, 259 (260); 99, 265 (267); 108, 415; 142, 190 (192),

32) KLEINHOFF, a. a. O., S. 223.

In seiner Entscheidung vom 7.11.1933 nahm das Reichsgericht ³³⁾ zu dieser Frage ausführlich Stellung und verneinte sie. Als Grund für die Beibehaltung des für die Amtshaftung entwickelten Beamtenbegriffs wurde angeführt, der Zweck der Gesetzesänderung habe nur darin bestanden, das Innenverhältnis zwischen dem Staat bzw. der öffentlich-rechtlichen Körperschaft und dem Beamten klarzustellen, nicht jedoch in das Außenverhältnis zwischen dem Staat und dritten Personen einzugreifen. Auch sei durch § 4 des BRÄndG der Klammerzusatz in § 1 Abs.1 des RBHaftG ³⁴⁾ ausdrücklich gestrichen und damit zu erkennen gegeben worden, daß die Verknüpfung des Beamtenbegriffs des Haftungsrechts mit dem staatsrechtlichen Beamtenbegriff aufgehoben sein sollte.

Über das Verhältnis des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs zu dem Beamtenbegriff in § 839 BGB sagt das Reichsgericht in dieser Entscheidung nichts. Aus dem Zusammenhang der in der Entscheidung hervorgehobenen zwei Hauptgründe will KLEINHOFF ³⁵⁾ entnehmen, daß das für die Beamteneigenschaft des Art.131 WRV Gesagte auch für den Beamtenbegriff des § 839 BGB gelten sollte.

In einer späteren Entscheidung des Reichsgerichts heißt es ³⁶⁾: "Wird eine im staatsrechtlichen Sinne nichtbeamtete Person mit hoheitlichen Aufgaben betraut, so fällt dies unmittelbar in den Bereich von § 839". Noch deutlicher erklärt das Reichsgericht ³⁷⁾ einige Zeit später: "Als Beamte im Sinne des Art.131 WRV und des § 839 BGB gelten nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts alle Personen, die der Staat oder eine dazu befugte Körperschaft mit öffentlicher Gewalt umkleidet." Hiermit kommt klar zum Ausdruck, daß das Reichsgericht im Bereich der Amtshaftung auch auf § 839 BGB den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff anwendet ³⁸⁾. Der Beamtenbegriff des Art.131 WRV soll also nicht weiter-

33) RGZ 142, 190.

34) Vgl. § 1 Abs.1 RBHaftG: "Verletzt ein Reichsbeamter (§ 1 des Reichsbeamtengesetzes) in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt ..."

35) KLEINHOFF, a.a.O., S. 225.

36) RGZ 151, 385.

37) RGZ 165, 91 (99).

38) GÜTZKOW, Amtshaftung, in DÖV 1953, S.289 (292).

gehen als der des § 839 BGB ³⁹⁾. Auch der Bundesgerichtshof ⁴⁰⁾ hat sich dieser Auffassung des Reichsgerichts angeschlossen, als er sich mit einer Amtspflichtverletzung zu befassen hatte, die noch unter Geltung des Art. 131 WRV von Personen vorsätzlich und objektiv sittenwidrig begangen worden waren, die keine Beamten im staatsrechtlichen Sinne waren. Als Haftungsgrundlage für die persönliche Haftung dieser Personen, die sich auf die Haftung des Staates aus dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung nicht berufen konnten, ist vom BGH nur § 839 BGB und nicht § 826 BGB herangezogen worden. Dies steht im Gegensatz zur herrschenden Meinung in der Literatur, daß als Haftungsgrundlage für die persönliche Haftung nur dann § 839 BGB herangezogen werden kann, wenn der Schädiger Beamter im staatsrechtlichen Sinne ist ⁴¹⁾.

4) Der vom Reichsgericht erarbeitete und vom Bundesgerichtshof bestätigte haftungsrechtliche Beamtenbegriff für Art. 131 WRV und § 839 BGB wird nicht durch Art. 34 GG geändert. Obwohl Art. 34 GG im Gegensatz zu Art. 131 WRV nicht darauf abstellt, daß die Amtspflichtverletzung von einem Beamten begangen wurde, soll also die Auswechselung des Wortes Beamter gegen das Wort Amtsträger die materielle Rechtslage nicht ändern, sondern lediglich eine Anpassung an die Rechtsprechung bringen ⁴²⁾.

c) Der einheitliche Beamtenbegriff der Rechtsprechung

Das Ergebnis des geschichtlichen Rückblicks läßt sich wie folgt zusammenfassen:

Bei der Schaffung des § 839 BGB umfaßte der staatsrechtliche Beamtenbegriff auch solche Personen, denen, ohne formell Beamte zu sein, ein Amt mit obrigkeitlichen Funktionen übertragen worden war. Die später durch § 3 Ziff. 1 BRÄndG vorgenommene Einengung des Beamtenbegriffs

39) KLEINHOFF, a. a. O., S. 225.

40) BGHZ 3, 94.

41) Vgl. Anm. von DELBRÜCK in LM Nr. 2 zu § 839 (K).

42) JESS, in BK, Erl. II 2 zu Art. 34; v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl., Anm. III 1 a zu Art. 34.

bezog sich nur auf die Beamten im Sinne des Staatsrechts⁴³⁾. Die Einengung kann nicht ohne zwingende Gründe auf das Gebiet des Haftungsrechts übertragen werden.

Für das Amtshaftungsrecht hat die Rechtsprechung nie einen weiteren Beamtenbegriff gekannt als für den § 839 BGB. Wer Beamter im Sinne des Amtshaftungsrechts war, wurde auch als Beamter im Sinne des § 839 BGB angesehen⁴⁴⁾. Heute geht der Amtsträgerbegriff des Art. 34 GG nicht weiter, als der Beamtenbegriff, den das Reichsgericht für Art. 131 WRV und § 839 BGB formulierte⁴⁵⁾.

d) Kleinhoff's Beamtenbegriff für § 839 BGB

Nach KLEINHOFF⁴⁶⁾ führen aber auch praktische Erwägungen dazu, alle hoheitlich tätigen Personen in den Beamtenbegriff des § 839 BGB einzubeziehen. Einmal kann niemand auf den Gedanken kommen, für die Amtshaftung nach Art. 34 GG eine andere haftungsausfüllende Norm als § 839 BGB zugrunde zu legen, zum anderen läßt sich der § 839 BGB als Haftungsgrundlage für alle Fälle der persönlichen Haftung heranziehen, in denen ein nichtbeamteter Amtsträger bei hoheitlicher Betätigung einen Schaden verursacht hat, für den der Staat ausnahmsweise nicht haftet.

Gegen eine solche Einbeziehung des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs in den Beamtenbegriff des § 839 BGB scheint zu sprechen, daß der Amtsträger, der nicht Beamter im staatsrechtlichen Sinne ist, auch dann nach § 839 BGB haften müßte, wenn er fiskalisch gehandelt hat. Gerade um eine solche Konsequenz auszuschließen, gab das Reichsgericht dem haftungsrechtlichen Beamtenbegriff die Einschränkung, daß eine Person "Beamter" im Sinne des Haftungsrechts ist, "wenn der Staat sie mit öffentlicher Gewalt und zwar mit der Gewalt umkleidet hat, in deren Ausübung sie pflichtwidrig handelte."⁴⁷⁾ Daher formuliert KLEINHOFF⁴⁸⁾ die Ein-

43) RGZ 142, 190.

44) RGZ 165, 91 (99).

45) KLEINHOFF, a.a.O., S. 227.

46) KLEINHOFF, a.a.O., S. 227.

47) RGZ 105, 334.

48) KLEINHOFF, a.a.O., S. 230.

schränkung in folgender Weise: "Wenn es die Berechtigung zur Vornahme hoheitlicher Funktionen ist, die - unabhängig von der formellen Ernennung zum Beamten - eine Haftung nach Beamtenmaßstäben auslöst, so kann dies der Natur der Dinge nach nur für solche Pflichtverletzungengeltend, die gerade bei der Ausübung der hoheitlichen Tätigkeit begangen worden sind." Er kommt unter Berücksichtigung dieser Einschränkung zu der Definition:

"Beamte im Sinne des § 839 BGB sind über die Beamten im staatsrechtlichen Sinne hinaus, alle sonstigen Personen, soweit *) sie in Ausübung der ihnen vom Staat oder einer dazu befugten Körperschaft anvertrauten hoheitlichen Funktion tätig werden."

Durch diesen Beamtenbegriff werden die bisherigen Beamtenbegriffe nicht preisgegeben. Es wird vielmehr der staatsrechtliche und der haftungsrechtliche Beamtenbegriff für den Beamtenbegriff in § 839 BGB in einer Definition zusammengefaßt bzw. nebeneinandergestellt. Da sowohl der haftungsrechtliche als auch der staatsrechtliche Beamtenbegriff selbständige Teile der Definition bilden, müssen die in einem dieser Begriffe enthaltenen Merkmale, z.B. die Ausübung hoheitlicher Funktionen, erfüllt sein, ehe § 839 BGB als Haftungsgrundlage herangezogen werden kann. § 839 BGB kann also niemals Haftungsgrundlage für die fiskalische Haftung eines nichtbeamteten Amtsträgers sein.

Die neue Definition ermöglicht auf einfache und praktische Weise die Aufhebung der verfehlten und nicht gerechtfertigten Unterscheidung im Haftungsrecht, die den "Beamten im Sinne des § 839 BGB" dem "Beamten im Sinne des Haftungsrechts" gegenübergestellt wird ⁴⁹⁾. Die "Als-ob-Be-handlung" der nichtbeamteten Amtsträger, um § 839 BGB als haftungsausfüllende Norm für Art. 34 GG heranziehen zu können, wird vermieden. Der Gedanke, bei Amtspflichtverletzungen im hoheitlichen Bereich für nichtbe-

*) Unterstreichung vom Verfasser.

49) Gegen diese Unterscheidung wendet sich auch BACHOF in einer Besprechung der 11. Aufl. des Kommentars zum BGB von PALANDT in DÖV 1954, S. 95. Die Unterscheidung scheint ihm höchst anfechtbar: "Sie ist jedenfalls durch die höchstrichterliche Judikatur nicht belegt und wird im Schrifttum ohne nähere Begründung von Autor zu Autor weitergereicht."

amtete Amtsträger andere haftungsausfüllende Bestimmungen als § 839 BGB heranzuziehen, kann nicht mehr auftauchen. Ohne Schwierigkeiten werden die Fälle gelöst, in denen es trotz hoheitlicher Tätigkeit ausnahmsweise bei der persönlichen Verantwortlichkeit des Amtsträgers bleibt und zwar in der Weise, daß Haftungsgrundlage nur § 839 BGB ist ⁵⁰⁾ und nicht die allgemeinen Bestimmungen des Rechts der unerlaubten Handlung.

e) Der Beamtenbegriff für die Amtshaftung in der Literatur

Schon früher war in der Literatur die Ansicht vertreten worden, daß § 839 BGB den Begriff des Beamten im haftungsrechtlichen Sinne umfaßt, soweit die hoheitliche Haftung in Frage steht ⁵¹⁾. Diese Auffassung steht aber im Gegensatz zur bisher herrschenden Meinung ⁵²⁾, nach der unter den Begriff "Beamter" in § 839 BGB nur die Beamten im staatsrechtlichen Sinne fallen.

Hier bahnt sich aber eine Wandlung an.

Hans J. WOLFF ⁵³⁾ vertrat schon vor KLEINHOFF die Auffassung, daß bei der hoheitlichen Eigenhaftung jede mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraute Person ohne Rücksicht auf die staatsrechtliche Beamten-eigenschaft Beamter im Sinne des § 839 BGB ist. Er begründet seine Ansicht damit, daß der Grundgedanke des § 839 BGB (Schutz der Entschlußkraft und Selbständigkeit der Beamten, Schutz der Dritten gegen jedwede Amtspflichtverletzung) für alle hoheitliche Gewalt ausübenden Organwalter zutrifft.

Ähnliche Gedanken werden von GÜTZKOW vertreten ⁵⁴⁾. Da das Reichsgericht im Bereich der Staatshaftung auch bezüglich § 839 BGB von dem weiteren Beamtenbegriff ausgehe, fordert er, den Begriff des Beamten in

50) Vgl. BGHZ 3, 94.

51) BRAND, DBG, 2. Aufl., S. 233; HEYLAND, Beamtenrecht, 1938, S. 29; derselbe, Recht d. Beamten, 1951, S. 20; ähnlich DELIUS, Beamtenhaftpflichtgesetz, 4. Aufl., S. 145, der den Beamtenbegriff in § 839 BGB wie in § 359 StGB auslegt.

52) Vgl. Anm. 17.

53) Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 1. Aufl. 1956 § 64 I b 2.

54) GÜTZKOW, Amtshaftung, in DÖV 1953, S. 289 (292).

§ 839 BGB sowohl für die Staatshaftung als auch für die Eigenhaftung in weitem Sinne auszulegen. Dieser Auffassung schließt sich BOCHALLI unter Berufung auf GÜTZKOW an ⁵⁵⁾. Als Begründung führt er, ähnlich wie H. J. WOLFF, an, daß die Erwägungen, die zur Einfügung des § 839 BGB geführt haben - Förderung der Entschlußkraft und Schutz der Dritten bei Amtspflichtverletzung -, auch für die nichtbeamteten Bediensteten zutreffen.

FRIEBE ⁵⁶⁾ begrüßt zwar die Bestrebungen, daß § 839 BGB auch auf den öffentliche Gewalt ausübenden Nichtbeamten angewendet werden soll, hält aber den bestehenden Gesetzeswortlaut mit dieser Auslegung für unvereinbar.

Auch BETTERMANN ⁵⁷⁾ wendet sich nun gegen die für § 839 BGB vorgenommene Unterscheidung des Beamten im staatsrechtlichen und im haftungsrechtlichen Sinne. Nach seiner Ansicht ist die dargestellte herrschende Auslegung des Beamtenbegriffs in § 839 BGB willkürlich, da es "für die Frage, ob und in welchem Umfang eine Amtspflichtverletzung zum Schadenersatz Dritten (nicht: dem Dienstherrn) gegenüber verpflichtet, keinen Unterschied machen kann, welcher Art das Dienstverhältnis des Amtsträgers ist." BETTERMANN scheint allerdings auch für die fiskalische Haftung den staatsrechtlichen Beamtenbegriff in § 839 BGB aufgeben zu wollen ⁵⁸⁾.

KREFT ⁵⁹⁾ vertritt seit der 11. Auflage (1960) im Reichsgerichtsräte-Kommentar ausdrücklich die Auffassung, daß sich der von § 839 BGB erfaßte Personenkreis mit dem von Art. 34 GG erfaßten decke, soweit es sich um die Ausübung hoheitlicher Tätigkeit handele. Jeder, der von Art. 34 GG erfaßt sei, hafte bei ausnahmsweisem Wegfall der Staatshaftung

55) BOCHALLI, BBG, 2. Aufl. Anm. 1 zu Abs. 1 § 78, S. 263.

56) FRIEBE, Haftpflicht, 2. Aufl., S. 103; derselbe, Neuordnung, in ZfB 1957, S. 389 (391).

57) BETTERMANN, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte III 2, S. 779 (835).

58) Vgl. BETTERMANN, a.a.O., S. 835 Anm. 291.

59) BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 12 zu § 839.

persönlich nach § 839 BGB.

Auch GLASER ^{59a)} hat sich in der 9. Auflage (1962) des Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Soergel-Siebert unter Aufgabe der bisherigen Meinung dieser Auffassung angeschlossen.

§ 4 Die Ratsmitglieder als Amtsträger im Sinne des Art. 34 GG

Nachdem der Beamtenbegriff des § 839 BGB und der haftungsrechtliche Beamtenbegriff durch die KLEINHOFF'sche Definition zu einer Synthese geführt und damit der sauberen Anwendung des Art. 34 GG und dessen haftungsausfüllender Norm (§ 839 BGB) der Weg geebnet worden ist, soll nun die Frage untersucht werden, ob die Ratsmitglieder dem engeren staatsrechtlichen oder dem weiteren haftungsrechtlichen Beamtenbegriff zuzuordnen sind. Da der staatsrechtliche Beamtenbegriff durch den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff umfaßt wird, sind alle Amtsträger, die Beamte im Sinne des Staatsrechts sind, auch Beamte im haftungsrechtlichen Sinne. Wenn also die Ratsmitglieder Beamte im staatsrechtlichen Sinne sein sollten, so erübrigt sich eine Untersuchung der Frage nach ihrer Amtsträgereigenschaft ⁶⁰⁾.

I. Ehrenamt und ehrenamtliche Tätigkeit

Beamte im staatsrechtlichen Sinne sind alle Personen, die zum Bund, den Ländern oder einer anderen mit Dienstherrenfähigkeit ausgestatteten juristischen Person des öffentlichen Rechts in einem öffentlich rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, das zu seiner Begründung der Aushändigung einer Urkunde bedarf, die die Worte enthält "unter Berufung in das Beamtenverhältnis" (§§ 2, 6 BBG; §§ 2, 7 nwLBG).

59a) SOERGEL-SIEBERT, BGB, 9. Aufl. Anm. 128 zu § 839.

60) Weil das Grundgesetz das Wort Beamter bewußt vermeidet, ist es gerechtfertigt, in Zukunft anstelle des umständlichen Begriffs "Beamter im haftungsrechtlichen Sinn" den kürzeren Ausdruck Amtsträger zu verwenden. Es ist aber in Gedanken der Zusatz "im Sinne des Art. 34 GG" hinzuzufügen, da das öffentliche Amt in Art. 34 GG nicht gleichbedeutend mit dem öffentlichen Amt im verwaltungsrechtlichen Sinne ist, vgl. S. 26.

a) Die Rechtsstellung im Rat

Ratsmitglieder sind keine Berufsbeamten. Es ist aber zu prüfen, ob sie nicht Ehrenbeamte sind. Ein Ehrenbeamter ist nebenberuflich mit einem auf Dauer berechneten Kreis von Verwaltungsaufgaben betraut (Ehrenamt vgl. § 20 Abs. 1 u. 2 nwGO). Zwingende Voraussetzung für den Erwerb der Beamteneigenschaft ist auch hier die Aushändigung einer Ernennungs-urkunde, in der die Worte "unter Berufung in das Beamtenverhältnis als Ehrenbeamter" enthalten sein müssen. Ein Ehrenbeamter ist Beamter im staatsrechtlichen Sinn (§ 5 Abs. 3 und § 177 BBG; § 6 Abs. 4 und § 185 nwLBG). Für die Annahme, daß Ratsmitglieder Ehrenbeamte sind, spricht die Tatsache, daß die Ratsmitglieder nebenberuflich ein öffentliches Amt bekleiden ⁶¹⁾, das wegen der Allzuständigkeit des Rates sogar über den vom Gesetzgeber gegenständlich umrissenen Rahmen des Ehrenamtes hinausgeht. Weiter spricht für ein Ehrenamt, daß die Ratsmitglieder durch ihre Rechte und Pflichten einen beamtenähnlichen Status haben ⁶²⁾. Dieser Annahme steht aber § 30 Abs. 2 nwGO entgegen, da nach dieser Vorschrift die Tätigkeit als Ratsmitglied weder als ehrenamtliche Tätigkeit noch als Ehrenamt gilt ⁶³⁾. Daß der Gesetzgeber es für notwendig befunden hat, ausdrücklich das Amt der Ratsmitgliedschaft von den sonstigen ehrenamtlichen Tätigkeiten in der Gemeinde abzugrenzen, zeigt, daß die Tätigkeit der Ratsmitglieder dem Ehrenamt ähnlich ist und ihm zumindest nahekommt. Daraus, daß nur die §§ 20 und 21 nwGO unanwendbar sind, die §§ 22 bis 24 und 25 Abs. 1, 3 und 4 nwGO für die Ratsmitglieder jedoch entsprechend gelten sollen, läßt sich erkennen, daß nur diejenigen Vorschriften über Ehrenbeamte ausgeschlossen sein sollen, die mit der besonderen Stellung der Ratsmitglieder als Repräsentanten freien Bürgertums unvereinbar sind. Insbesondere der Zwang zur Annahme eines Eh-

61) OVG Münster AS Bd. 3, 77 u. 195; OVG Münster E.v. 13.1.1954 = DÖV 1954 S. 439 = DVBl 1954 S. 750.

62) So OVG Münster AS Bd. 9 S. 92 (95) = KOTTENBERG-STEFFENS, Rsp. Entsch. Nr. 1 zu § 22; insbesondere KÖTTGEN, Gemeindeverfassungsrecht, in KommHbd. Bd. 1 § 46 I 4, S. 367.

63) § 30 Abs. 2 S. 1: "Die Tätigkeit als Ratsmitglied oder als Mitglied eines Ausschusses gilt nicht als ehrenamtliche Tätigkeit oder als Wahrnehmung eines Ehrenamtes im Sinne des § 20."

renantes (§ 20 nwGO) und die mit der Ernennung zum Ehrenbeamten verbundene Unterwerfung unter die Disziplinargewalt widerspricht den repräsentativen Elementen in der Stellung der Ratsmitglieder, die bei der Ausübung ihres Mandates an Aufträge nicht gebunden sind⁶⁴⁾. Soweit die Regelung der Rechte und Pflichten der ehrenamtlich Tätigen mit der Stellung der Ratsmitglieder vereinbar ist, werden nach § 30 Abs. 2 S. 2 nwGO die wichtigsten Vorschriften über das Ehrenamt auf die Ratsmitglieder entsprechend angewandt.

Abgesehen von der vom Gesetzgeber vorgenommenen Trennung der ehrenamtlich Tätigen von den Ratsmitgliedern, fehlt es an einer formellen Voraussetzung für den Erwerb der Ehrenbeamteneigenschaft. Die Ratsmitglieder werden nicht zu Ehrenbeamten ernannt, sie erhalten keine Ernennungsurkunde.

Ratsmitglieder sind also keine Ehrenbeamten und damit auch keine Beamten im staatsrechtlichen Sinne⁶⁵⁾.

b) Die Rechtsstellung im Beschlußausschuß

Eine Änderung tritt ein, wenn Ratsmitglieder einem Beschlußausschuß angehören. Nach § 7 Abs. 2 des ersten Gesetzes zur Neuordnung und Vereinfachung der Verwaltung vom 23. 7. 1957 (GV NW S. 189) müssen alle Mitglieder der Beschlußausschüsse Ehrenbeamte sein. Nach der Wahl in den Beschlußausschuß müssen daher diese Ratsmitglieder noch zu Ehrenbeamten ernannt werden (§ 57 Abs. 2 nwGO). Die Mitglieder der Kreisausschüsse waren schon nach § 52 nwLKO Ehrenbeamte, "soweit sie Aufgaben nach § 48 Abs. 1 und nach § 51 Abs. 1 wahrnahmen", wenn sie also als untere staatliche Verwaltungsbehörde tätig wurden, an den Entscheidungen des Oberkreisdirektors beteiligt waren oder als Beschlußbehörde tätig

64) Vgl. die Auseinandersetzung zu diesen Fragen in den Ausschlußberatungen zur Gemeindeordnung, Aussch. Brtg. StB GO 8, 13 ff.

65) So ausdrücklich OVG Münster E. v. 3. 1. 1955 = DÖV 1955 S. 254; OVG Münster E. v. 5. 6. 1955 in KOTTENBERG-STEFFENS, RSp. Entsch. Nr. 2 zu § 27; KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. 1 zu § 30; ODENBREIT-HENSEL, GO, 11. Aufl., S. 275; KÖTTGEN, in KommHdb. Bd. 1 § 23 III 1, S. 201 u. § 46 I 4, S. 367; ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung 2. Aufl. S. 200 u. 202.

wurden. Weil die Mitglieder der Kreisbeschlußausschüsse Ehrenbeamte waren, wurden die Mitglieder der Stadt- und Bezirksbeschlußausschüsse schon vor dem Vereinfachungsgesetz als Ehrenbeamte angesehen⁶⁶⁾. Die durch die Ernennung zum Ehrenbeamten gewonnene staatsrechtliche Beamteneigenschaft der Beschlußausschußmitglieder hat nur Bedeutung in bezug auf ihre Tätigkeit in den Beschlußbehörden. Soweit diese Ratsmitglieder im Rat tätig werden, unterscheidet sich ihre Rechtsstellung in nichts von der der anderen Ratsmitglieder⁶⁷⁾. Würden für solche Ratsmitglieder Fragen der Amtshaftung auftauchen, wären sie nur in bezug auf Handlungen im Rahmen der Beschlußausschußtätigkeit als Beamte im staatsrechtlichen Sinne anzusehen; sollen sie aus ihrer Tätigkeits als Ratsmitglieder haftbar gemacht werden, gelten sie nicht als Beamte im staatsrechtlichen Sinne.

II. Zum Begriff der "öffentlichen Gewalt"

Bei der Prüfung, ob die Ratsmitglieder Amtsträger im Sinne des Amtshaftungsrechts sind, ist der haftungsrechtliche Beamtenbegriff zugrunde zu legen. Dieser in Rechtsprechung und Literatur entwickelte Begriff lautet: Beamter im haftungsrechtlichen Sinne ist jede von einer zuständigen Stelle mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraute Person, ohne Rücksicht auf ihre staatsrechtliche Beamteneigenschaft⁶⁸⁾.

a) "Öffentliches Amt" im Sinne des Art. 34 GG

In den Gesetzen, die die Haftung des Staates für Amtspflichtverletzungen seiner Beamten regelten (§ 1 RBHaftG, § 1 prBHaftG; Art. 131 WRV) wird der Ausdruck "Ausübung öffentlicher Gewalt" verwendet" erst in Art. 34 GG wird er durch die Worte "Ausübung eines öffentlichen Amtes" ersetzt.

66) Hans J. WOLFF, Rechtsstellung, in Festschrift für K. Arnold, 1955, S. 306.

67) Vgl. die Auseinandersetzung über die "Systemwidrigkeit und Inkonzistenz" der Schaffung von zwei Arten von Kommunalvertretern zwischen H. LÜTTGER und R. KOLDEWEY in DDG 1958, S. 183 f., 508 f. u. 588 ff.

68) RGZ 104, 257 (261); 114, 197 (200 f); 118, 241 (242 f); 142, 190 (193); 151, 385 (387); 155, 362 (364); 159, 235 (236); 165, 91 (99). ANSCHÜTZ, Verfassung, 14. Aufl. Anm. 5 zu Art. 131; JESS, in BK, Erl. II 2 zu Art. 34; v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl. Anm. III 1a; BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 12 zu § 839 BGB; Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 64 II b.

Da aus den erstgenannten haftungsrechtlichen Bestimmungen der Ausdruck "öffentlicher Gewalt" für die Definition des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs übernommen wurde, kann der Gedanke auftauchen, als könnte der nun in Art. 34 GG verwendete Ausdruck "Ausübung eines öffentlichen Amtes" in den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff übernommen werden, so daß nun Beamte im Sinne des Haftungsrechts auch die Personen sind, die von einer zuständigen Stelle mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes betraut sind.

Der Ausdruck öffentliches Amt wird in Art. 34 GG nicht im Sinne des Verwaltungsrechts verwandt. Das Amt, als Terminus des Verwaltungsrechts ⁶⁹⁾, ist der Kreis von Aufgaben, der dem nach öffentlichem Recht dazu Verpflichteten und Berechtigten zugewiesen ist, ohne Unterschied, ob er sie in Ausübung hoheitlicher Verwaltung oder in Wahrnehmung privatrechtlicher Interessen erledigt ⁷⁰⁾. Ein öffentliches Amt enthält nicht notwendigerweise die Befugnis, öffentliche Gewalt auszuüben, wohl ist diese Befugnis ein Indiz dafür, daß ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 34 GG gegeben ist. Die beiden verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen ⁷¹⁾, die aussagen, daß Ratsmitglieder ein öffentliches Amt innehaben, können daher nicht zum Beweise dafür herangezogen werden, daß Ratsmitglieder ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 34 GG ausüben und deshalb Beamte im haftungsrechtlichen Sinne sind.

Der Inhalt des Begriffs "öffentliches Amt" bestimmt sich für Art. 34 GG nach dem Charakter der ausgeübten Funktion. Dies ergibt sich aus der geschichtlichen Entwicklung ⁷²⁾, die zur Prägung des Begriffs "öffentliche Gewalt" geführt hat. In Art. 34 GG steht der Ausdruck "öffentliches Amt"

69) Vgl. O. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 198; W. JELLI-NEK, Verwaltungsrecht, S. 359; FLEINER, Institutionen, 8. Aufl., S. 93; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 387.

70) TÖGEL, Auslegung, in JZ 1951, S. 107.

71) OVG Münster E. v. 13. 1. 1954 in KOTTENBERG-STEFFENS, RSp. Entsch. Nr. 1 zu § 30 = DÖV 1954, S. 439 = DVBl 1954, S. 750; OVG Münster E. v. 5. 6. 1955 in KOTTENBERG-STEFFENS, RSp. Entsch. Nr. 2 zu § 27.

72) Zur geschichtlichen Entwicklung des Begriffs öffentliche Gewalt vgl. JOEL, Der Begriff Ausübung eines öffentlichen Amtes in Art. 34 GG, Diss. jur. Münster 1956, S. 15 ff.

für den bisher in Art. 131 WRV verwendeten Begriff "öffentliche Gewalt". Der Verfassungsgesetzgeber wollte damit dem Bedeutungswandel, den dieser Begriff im Hinblick auf die Ausdehnung der pflegenden, betreuenden und vorsorgenden Verwaltung des Staates, die ohne direkte Zwangsgewalt ausgeübt wird, gerecht werden. Eine materielle Änderung oder Erweiterung des Art. 34 GG war nicht beabsichtigt ⁷³⁾. Da man insoweit Art. 34 GG mit Art. 131 WRV gleichsetzen kann, muß der Begriff "öffentliches Amt" in Art. 34 GG einschränkend als "öffentliche Gewalt" interpretiert werden. Der Bundesgerichtshof verwendet die Begriffe öffentliche Gewalt und öffentliches Amt im Hinblick auf die Staatshaftung in einer Entscheidung ohne Unterschied ⁷⁴⁾.

b) Die zwei Funktionen des Begriffs "öffentliche Gewalt"

Der Begriff öffentliche Gewalt dient im Amtshaftungsrecht einmal der Feststellung, unter welchen Bedingungen der Staat haftet, nämlich, wenn der Schädiger in Ausübung öffentlicher Gewalt gehandelt hat. Zweitens dient er der Feststellung, für wen der Staat haftet, nämlich für die Personen, die der Staat mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut hat. Bei der Feststellung, wann die Amtshaftung eintritt, wird geprüft, ob die schadenstiftende Handlung im konkreten Fall in Ausübung öffentlicher Gewalt geschah; hier dient der Begriff zur Abgrenzung des hoheitlichen Handelns vom fiskalischen Handeln. Im zweiten Fall wird abstrakt gefragt, ob die handelnde Person grundsätzlich mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut ist; hier dient der Begriff zur Feststellung, ob eine Person die für die Amtshaftungsvorschriften erforderliche Beamteneigenschaft hat. Einmal bezieht sich also die Ausübung öffentlicher Gewalt auf einen bestimmten Einzelfall, zum anderen dient dieser Begriff zur Qualifizierung einer Person. Beide Male wird mit dem Begriff "Ausübung öffentlicher Gewalt" der selbe Sinn verbunden, da derjenige, der im konkreten Fall befugt ist, die öffentliche Gewalt auszuüben, dies nur kann, weil er durch die generelle Befugnis, öffentliche Gewalt auszuüben, Beamter im haftungsrechtlichen Sinne ist. Nur nach dem Charakter der ausgeübten

73) Vgl. oben Anm. 14.

74) Vgl. BGHZ 20, 102 = NJW 1956, S. 745.

Funktion kann jeweils entschieden werden, ob es sich um Ausübung öffentlicher Gewalt gehandelt hat.

c) Der Inhalt des Begriffs "öffentliche Gewalt"

Versucht man nun für das Amtshaftungsrecht den Inhalt des Begriffs der öffentlichen Gewalt zu bestimmen, so zeigt sich, daß im Amtshaftungsrecht häufig anstelle dieses Begriffes Formulierungen wie: Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben, hoheitliche Funktionen, hoheitliche Betätigung, obrigkeitliche Befugnisse, obrigkeitliche Funktionen u.ä. verwandt werden. Durch die beiden Adjektive "hoheitlich" und "obrigkeitlich" bekommen diese Begriffe ihre Aussagekraft. "Hoheitlich" und "obrigkeitlich" sind Begriffe, die der öffentlichen Verwaltung angehören. Der Sprachgebrauch ist nicht einheitlich. W. JELLINEK⁷⁵⁾ stellt die hoheitliche Verwaltung der fiskalischen Verwaltung gegenüber. Innerhalb der hoheitlichen Verwaltung unterscheidet er die obrigkeitliche Verwaltung, bei deren Ausübung der Staat oder ein sonstiger Träger öffentlicher Verwaltung die nur ihnen eigentümlichen Machtmittel betätigt, und die schlichte Hoheitsverwaltung, welche pflegende, betreuende und vorsorgende Verwaltung des Staates ist⁷⁶⁾. In neuerer Zeit wird die hoheitliche Verwaltung in Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung unterschieden⁷⁷⁾. Sachlich werden die gleichen Tatbestände erfaßt, die unter die obrigkeitliche Verwaltung bzw. schlichte Hoheitsverwaltung fallen.

Nach Hans J. WOLFF⁷⁸⁾ verfügen die Gemeinwesen über "eine öffentliche, d. h. allen Mitgliedern und sogar den in ihrem Machtbereich sich befindenden Fremden gegenüber geltende Gewalt." Sie ist die legale und legitime Macht, gemeinsame Angelegenheiten, die der Aufrichtung und Er-

75) W. JELLINEK, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 20 ff.

76) Vgl. diese Unterscheidung beim BGH Urt. v. 26. 5. 1961, in JZ 1962, S. 217; PETERS, Lehrbuch, S. 129; Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 23 III b 1 und 2.

77) FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 118 u. 320 f.; MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz, Randnote 109 zu Art. 1; v. TUREGG-KRAUS, Verwaltungsrecht, 4. Aufl., S. 23.

78) Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 3 I e.

haltung eines materiellen Rechtszustandes dienen, auch gegen die Widerstände einzelner Personen durchzusetzen. Diese rechtliche Überlegenheit (Hoheit) und der legale Zwang (Obrigkeit)⁷⁹⁾ sind Elemente der öffentlichen Gewalt. Die öffentliche Gewalt umfaßt die Macht, öffentliche Aufgaben mit obrigkeitlichen Mitteln zu erzwingen. Damit ist nicht gesagt, daß die Ausübung öffentlicher Gewalt immer mit Zwang einhergehen muß⁸⁰⁾, auch die Ausübung öffentlicher Verwaltung auf einzelnen Teilgebieten, wie etwa der Fürsorgeverwaltung, ist Ausübung öffentlicher Gewalt⁸¹⁾. Nachdem man sich von der Auffassung befreit hat, unter öffentlicher Gewalt im Sinne des Amtshaftungsrechts sei nur die Betätigung der Zwangsgewalt des Staates zu verstehen, wird als Ausübung öffentlicher Gewalt jede staatliche Betätigung im Interesse der Allgemeinheit verstanden, die nicht zur Durchsetzung privater vermögensrechtlicher Interessen der öffentlichen Körperschaft, sondern zur Erfüllung staatlicher Aufgaben erfolgt und bei deren Vornahme sich der Hoheitsträger nicht privatrechtlicher Mittel, sondern hoheitlicher Maßnahmen bedient⁸²⁾.

III. Die Aufgaben und Zuständigkeiten des Rates als Bestimmungsmerkmal der Ausübung öffentlicher Gewalt

Ob jemand Amtsträger im Sinne des § 34 GG ist, bestimmt sich, wie oben ausgeführt, nach dem Charakter der von ihm ausgeübten Funktionen. Es ist daher zu untersuchen, ob die Tätigkeit der Ratsmitglieder im Rahmen der ihnen von der Gemeindeordnung übertragenen Aufgaben als Ausübung öffentlicher Gewalt gewertet werden kann.

79) Vgl. Hans J. WOLFF, a.a.O.

80) Die Auffassung, daß unter Ausübung öffentlicher Gewalt nur die Ausübung von Zwangsgewalt zu verstehen ist, vertritt noch RICHTER, Öffentliche Gewalt, in JW 1938, S. 3274 f.

81) RGZ 56, 84 (89); 68, 278 (285); 86, 117 (122); 91, 273 (274); 102, 30 (32); 111, 178 (182); 114, 197 (201); 147, 275 (278).

82) RGZ 155, 186 (189); 164, 273 (276); BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 6 zu § 89 und Anm. 17 zu § 839.

a) Der Rat als oberstes Verwaltungsorgan

Gemeinden und Gemeindeverbände sind Träger abgeleiteter hoheitlicher Gewalt. Ihnen sind materiell öffentliche Funktionen vom Bund bzw. den Ländern, als den Trägern der ursprünglichen hoheitlichen Gewalt, zur Wahrnehmung übertragen oder überlassen⁸³⁾. Diese Funktionen sind den Gemeinden in Nordrhein-Westfalen durch Art. 78 der nw Verfassung⁸⁴⁾ und § 2 nwGO als Selbstverwaltung zu eigenem Recht zuerkannt worden. Die Gemeinden sind in ihrem Gebiet, soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen, ausschließliche und eigenverantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung.

Der Aufgabenkreis der Gemeinden ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 2-4 in Verbindung mit § 116 nwGO. Er gliedert sich in reine Selbstverwaltungsangelegenheiten, Pflichtaufgaben und Pflichtaufgaben nach Weisung (gemäß § 116 nwGO für eine Übergangszeit noch staatliche Auftragsangelegenheiten)⁸⁵⁾. Schließlich haben die Gemeinden das Satzungsrecht (§ 4 nwGO)⁸⁶⁾.

Verwaltungsorgane der Gemeinde sind der Gemeinderat und der Gemeindedirektor⁸⁷⁾. Das oberste Verwaltungsorgan ist der Gemeinderat. Ihm obliegt die Verwaltung der Gemeinde (§ 27 nwGO). Der Gemeinderat ist für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung zuständig (§ 28 Abs. 1 nwGO). Von diesem Grundsatz der Allzuständigkeit gibt es zwei Ausnah-

83) Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 4 III a.

84) Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28. Juni 1950 (GV NW S. 127).

85) Vgl. zu diesen Begriffen, insbesondere zum Begriff der Selbstverwaltung BVerfGE Bd. 6 S. 104 (116); BVerwG Urt. v. 22. 11. 1957 = Städte- tag 1958 S. 265; KÖTTGEN, Wesen und Rechtsform, in KommHdb 1. Bd. § 25 S. 210-217; KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl., Erl. III zu § 1 und Erl. zu § 2; ODENBREIT-HENSEL, GO, 11. Aufl., S. 181-191; ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, 2. Aufl. S. 76 ff.

86) Vgl. DAVID, Satzungsgewalt, 2. Aufl., Münster 1961.

87) Zur Frage der Organeigenschaft des Gemeindedirektors vgl. VerfGH von NW E. v. 21. 8. 1954. Entscheidungsformel veröffentlicht in GV NW S. 303 v. 8. 9. 1954; OVG Münster AS Bd. 9 S. 74; KOTTENBERG-STEFENS, RSp. Entsch. Nr. 1 zu § 66 = DÖV 1955 S. 248; vgl. auch BENNER, Zuständigkeitsverteilung, S. 71 f.

men. Die einfachen Geschäfte der laufenden Verwaltung⁸⁸⁾ gelten im Namen des Rats als auf den Gemeindedirektor übertragen (§ 28 Abs. 3 nwGO), ferner kann der Rat bestimmte Angelegenheiten den Ausschüssen oder dem Gemeindedirektor zur Entscheidung zuweisen (§ 28 Abs. 2 nwGO). Der Rat kann jedes einfache Geschäft der laufenden Verwaltung oder einen bestimmten Kreis von Geschäften zur Entscheidung an sich ziehen oder einem Ausschuß zur Entscheidung übertragen (§ 28 Abs. 2 nwGO). In § 28 Abs. 1 lit a bis u nwGO ist ein Ausschließlichkeitskatalog der Angelegenheiten aufgestellt, deren Entscheidung dem Gemeinderat zwingend vorbehalten sind. Wenn auch in der täglichen Gemeindepraxis der überwiegende Teil der Verwaltungsgeschäfte vom Gemeindedirektor bzw. seinen Mitarbeitern wahrgenommen wird, so bleibt doch auch für den Rat und seine Ausschüsse ein umfangreiches Gebiet, auf dem sie verwaltend tätig werden. Dabei bezieht sich die Verwaltung nicht nur auf privatrechtliche Bereiche, sondern als allzuständige, oberste Verwaltungsbehörde übt der Rat auch hoheitliche Gewalt aus⁸⁹⁾. Neben den Ordnungsaufgaben sind die Sozial-, Kultur- und Wirtschaftsaufgaben der wesentlichste Teil der Selbstverwaltungsangelegenheiten. Sie stellen typische Beispiele der pflegenden und fürsorgenden Verwaltung der öffentlichen Daseinsvorsorge dar und sind damit Ausübung öffentlicher Gewalt. Wenn es sich auch bei den Verwaltungsgeschäften in diesem Bereich meist nicht um Verwaltungsakte im rechtstechnischen Sinne handelt, so kann der Rat auf hoheitlichem Gebiet auch selbst Verwaltungsakte erlassen⁹⁰⁾. Da der Rat oder ein entscheidungsbefugter Ausschuß nur als Kollegium tätig werden kann, setzt das Zustandekommen eines solchen Verwaltungsaktes die Willensbildung der Mitglieder des Kollegiums, die Willensäußerung durch Beschluß und die Verlautbarung des Beschlusses voraus⁹¹⁾. Für die Zurechenbarkeit eines solchen Verwaltungsaktes ist es ohne Bedeutung, daß der Rat einen

88) Zu diesem Begriff vgl. BGHZ 14, 89 (97) = DÖV 1954, S. 565; OVG Münster Urt. v. 11. 1. 1956 in KOTTENBERG-STEFFENS, RSp. Entsch. Nr. 3 zu § 28 nwGO; GÖB, Einfache Geschäfte, in Die Gemeinde 1957 S. 165 u. 205; BENNER, a. a. O., S. 176-182.

89) OVG Münster AS Bd. 9 S. 92 (95).

90) BGH Urt. v. 14. 7. 1956 in NJW 1956 S. 1401 = DVBl 1957 S. 24; OVG Münster AS Bd. 1 S. 27 (29); Bd. 9 S. 84 (87).

91) Vgl. BGH a. a. O.

Verwaltungsakt nicht selbst ausführen kann, sondern sich des Gemeindevorstehers bedienen muß (§ 47 NWGO). Die eigentliche Entscheidungsgewalt und damit der Kern der Verwaltungstätigkeit liegt insoweit in den Händen des Rates.

b) Die Ratsmitglieder als Organwalter

Da der Gemeinderat als Organ der Gemeinde erst durch die Ratsmitglieder willens- und handlungsfähig wird, sind die Ratsmitglieder in demselben Sinne Organwalter wie die Organwalter von Einzelorganen. Die Ratsmitglieder sind daher "die Pflicht- und Rechtssubjekte, an die die dem kollegialen Organ (Gemeinderat) abbreviativ zugeschriebenen Verpflichtungen und Berechtigungen gerichtet sind." ⁹²⁾ Jedes einzelne Ratsmitglied ist daher berechtigt und verpflichtet, die im Gemeinderat zusammengefaßten Kompetenzen in der von der Gemeindeordnung und den Ratsgeschäftsordnungen vorgeschriebenen Weise wahrzunehmen. Daraus folgt, daß die Ratsmitglieder öffentliche Gewalt ausüben ⁹³⁾.

In der Regel werden die Ratsmitglieder die öffentliche Gewalt durch ihre Betätigung im Rat oder den Ausschüssen ausüben. In einzelnen Fällen ist auch das Handeln eines einzelnen Ratsmitgliedes außerhalb der Mitwirkung im Rat oder in einem Ausschuß Ausübung öffentlicher Gewalt, so beispielsweise, wenn der Bürgermeister und ein weiteres Ratsmitglied die Ernennungsurkunde eines Beamten unterzeichnet (§ 54 Abs. 2 NWGO). Auch die Entscheidung des Bürgermeisters und eines weiteren Ratsmitgliedes nach § 43 Abs. 1 S. 3 NWGO in Fällen äußerster Dringlichkeit kann in Ausübung öffentlicher Gewalt geschehen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Ratsmitglieder in ihrer Tätigkeit öffentliche Gewalt ausüben.

92) Hans J. WOLFF, Vertretung, S. 244.

93) OVG Münster AS Bd. 9 S. 84 (86) spricht allerdings im Hinblick auf § 54 StPO von der Ausübung "öffentlicher Funktionen". Das OLG Braunschweig Beschl. v. 10. 6. 1950 in DVB1 1951 S. 513 zieht aus dem Gedanken, daß der Rat Verwaltungsaufgaben erfüllt, die Folgerung, daß damit auch den Ratsmitgliedern die Erledigung von Verwaltungsaufgaben obliegen.

IV. Der Begriff des "Anvertrautseins" in Art. 34 GG

Der Begriff des Amtsträgers im Sinne des Art. 34 GG ist nicht schon damit erfüllt, daß jemand ein öffentliches Amt ausübt, es muß ihm vielmehr die Ausübung dieses öffentlichen Amtes anvertraut sein. Das Merkmal des Anvertrautseins hat einmal qualifikationsbildende Wirkung hinsichtlich des Begriffs des Amtsträgers, zum anderen hat es inhaltsbestimmende Wirkung⁹⁴⁾ für den Begriff der Amtshandlung im Sinne des Art. 34 GG⁹⁵⁾. An dieser Stelle soll das Tatbestandsmerkmal nur in seiner Bedeutung für die Amtsträgereigenschaft der Ratsmitglieder untersucht werden. Die Frage, auf welche Weise die Ausübung öffentlicher Gewalt übertragen (anvertraut) werden kann, wird unterschiedlich beurteilt.

a) Dienstrechtliche Auffassung

Bei der Untersuchung nach der haftenden Körperschaft geht GRAMM⁹⁶⁾ davon aus, daß die Verantwortlichkeit für eine Amtspflichtverletzung grundsätzlich die Körperschaft trifft, in deren "Dienst" der Amtsträger steht. Er folgt hieraus, sich auf SCHACK⁹⁷⁾ berufend, daß die Amtshaftung entfällt, wenn von einem Dienstverhältnis nicht gesprochen werden könne. SCHACK sieht die ganze Staatshaftung als Dienstherrenhaftung⁹⁸⁾. GRAMM und SCHACK sind somit der Ansicht, die Befugnis zur Ausübung öffentlicher Gewalt könne nur durch die Begründung eines beamtenrechtlichen Dienstverhältnisses oder doch wenigstens eines privatrechtlichen Anstellungsverhältnisses verliehen werden.

94) Diese inhaltsbestimmende Wirkung kommt in RGZ 105, 334 (335) durch die Worte zum Ausdruck: "und zwar mit der Gewalt umkleidet, in deren Ausübung sie pflichtwidrig handeln."

95) So TRAVING, Staatshaftung, S. 79.

96) PALANDT-GRAMM, BGB, 21. Aufl. Anm. 2 B zu § 839.

97) SCHACK, Entschädigung, in MDR 1953 S. 514 (515).

98) SCHACK, a. a. O.; dagegen BETTERMANN, Rechtsgrund d. Staatshaftung, in DÖV 1954 S. 302: jede Staatshaftung ist Korporationshaftung, aber nicht jede Staatshaftung ist Dienstherrenhaftung. BETTERMANN ebenso in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte, III 2 S. 779 (835).

Für diese Ansicht scheint die geschichtliche Entwicklung zu sprechen, auf die sich SCHACK ausdrücklich beruft.

b) Folgen der Ausdehnung des Beamtenbegriffs

Zur Zeit, als durch die Haftungsgesetze in Preußen (1909) und im Deutschen Reich (1910) der Gedanke der Staatshaftung⁹⁹⁾ verwirklicht wurde, war die Ausübung hoheitlicher Tätigkeit ausschließlich den Beamten vorbehalten. Dieser Grundsatz wurde in den Ausführungsbestimmungen zum Preuß. Kommunalbeamtenengesetz ausdrücklich aufgestellt (Art. I Ziff. 5 MBliV 1899 S. 192)¹⁰⁰⁾. Durch Art. 131 WRV wurde aber die Haftung des Staates auf alle Personen, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut waren, ausgedehnt. Diese Ausdehnung war von der Absicht getragen, nicht mehr die Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen Staat und Amtsträger bei der Beantwortung der Frage ausschlaggebend sein zu lassen, ob der durch die Ausübung öffentlicher Gewalt Geschädigte vom Staat Ersatz verlangen kann oder nicht.¹⁰¹⁾ Die Ausdehnung des Beamtenbegriffs betraf in erster Linie die nicht im staatsrechtlichen Sinne beamteten Personen, die auf Grund eines privatrechtlichen Dienstvertrages dem Staate dienstpflichtig waren. Bis zum Beamtenänderungsgesetz deckte sich, wenigstens nach Ansicht des Reichsgerichts, der Kreis der Beamten im Sinne des Art. 131 WRV im wesentlichen mit dem der Beamten im staatsrechtlichen Sinne, da nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Ausübung öffentlicher Gewalt die volle Beamteneigenschaft verlieh¹⁰²⁾.

Nachdem das Beamtenrechtsänderungsgesetz für den Erwerb der staatsrechtlichen Beamteneigenschaft die Aushändigung einer Ernennungsurkunde zur Voraussetzung erhoben hatte, fiel es dem Reichsgericht leicht,

99) Über die geschichtliche Entwicklung der Amtshaftung siehe SCHEUNER, Grundfragen, in Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 331 (336 ff).

100) Das charakteristische Merkmal für das Beamtenverhältnis war ein öffentliches Gewalt- und Schutzverhältnis zwischen dem Beamten und dem Staat. Insofern ist SCHACK zuzustimmen, daß die Amtshaftung eine Diensttherrenhaftung war. Nur ist sie es heute nicht mehr in allen Fällen.

101) FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 282; KATZENSTEIN, Entschädigungspflicht, S. 61.

102) Vgl. oben S. 15.

sich von dieser früheren Rechtsprechung zu lösen. Neben der Feststellung, daß das Beamtenrechtsänderungsgesetz den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff nicht berührt, sprach das Reichsgericht¹⁰³⁾ noch einmal ausdrücklich aus, daß Schäden, die durch schuldhaftes Ausüben öffentlicher Gewalt verursacht werden, nicht nur dann ersetzt werden sollen, wenn Beamte fehlerhaft gehandelt haben, sondern auch wenn Personen gehandelt haben, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut sind¹⁰⁴⁾.

Es ergibt sich somit, daß die Amtshaftung zwar meistens zugleich auch Dienstherrenhaftung ist, daß aber ein öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches Dienstverhältnis nicht Voraussetzung für den Eintritt der Amtshaftung ist¹⁰⁵⁾. Der Wortlaut des Art. 34 GG: "So trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht" steht nur scheinbar im Widerspruch zu diesem Ergebnis. Mit dieser Formulierung wird nicht die Voraussetzung für die Staatshaftung geregelt, sondern nur klargestellt, daß sich der Anspruch im Regelfall gegen die anstellende Körperschaft richtet. Daß der Fall der fehlenden staatsrechtlichen Beamteneigenschaft des Amtsträgers nicht ausdrücklich geregelt worden ist, wird von BETTERMANN¹⁰⁶⁾ zutreffend darauf zurückgeführt, daß sich das GG "wie jede Verfassung nicht auf Details einlassen konnte."

c) Übertragungsarten zur Ausübung öffentlicher Gewalt

Ist also die Befugnis, öffentliche Gewalt auszuüben, das wesentliche Merkmal zur Qualifizierung einer Person als Amtsträger im Sinne des

103) RGZ 142, 190 (196).

104) In der oben zitierten Entscheidung bejaht das RG die Haftung des Staates für einengemäß § 62 Abs. 1 FeldFPolG v. 1. 4. 1880 (GS S. 230) von Privatpersonen angestellten und nach Abs. 2 der Vorschrift vom Landrat bestätigten Feld- und Jagdhüter in Ausübung öffentlicher Gewalt begangenen Amtspflichtverletzung. Der Feldhüter stand also weder in einem privatrechtlichen noch öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Staat.

105) BGHZ 11, 192 (198) = NJW 1954 S. 757; BGH Urt. v. 11. 12. 1961 = NJW 1962 S. 486; v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl. Anm. III 1 b zu Art. 34.

106) BETTERMANN, Rechtsgrund d. Staatshaftung, in DÖV 1954 S. 302.

Art. 34 GG, so ist die Übertragungsart für diese Befugnis an keine feste Form gebunden ¹⁰⁷⁾. In den meisten Fällen wird die Übertragung durch Berufung in ein Beamtenverhältnis oder durch einen Dienstvertrag erfolgen. Aber sie kann auch formlos geschehen, so beispielsweise allein durch die von einem Staatsorgan geforderte Beteiligung an einem Unternehmen, das in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt ¹⁰⁸⁾. In der Entscheidung zur Amtshaftung der revolutionären Arbeiter- und Soldatenräte entschied das Reichsgericht ¹⁰⁹⁾, daß selbst die stillschweigend, sei es freiwillig, sei es unter dem Zwang der Verhältnisse, eingeräumte Befugnis zur Ausübung öffentlicher Gewalt die haftungsrechtliche Beamten-eigenschaft verleiht, "denn die Berechtigung zur Vornahme von Staatshoheitsakten ist gerade das wesentlichste und charakteristische Merkmal der Beamtenstellung." "Derjenige, dem diese Berechtigung von der Regierung oder den zuständigen Behörden übertragen wird, ist dem Wesen der Dinge nach Beamter, gleichviel in welcher Form der Übertragungsakt sich vollzieht." Das Anvertrauen in Art. 34 GG ist daher ein Vorgang, der an keine bestimmte Form gebunden ist ¹¹⁰⁾.

V. Anvertrauung der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Wahl

Wird dieses Ergebnis, daß zum Begriff des Amtsträgers nicht unbedingt ein beamtenrechtliches oder privatrechtliches Dienstverhältnis gehört und keine bestimmte Berufungsform erforderlich ist, auf die Ratsmitglieder angewandt, so zeigt sich, daß auch den Ratsmitgliedern die Befugnis, öffentliche Gewalt auszuüben, anvertraut ist.

107) RGZ 118, 241 (243)

108) RGZ 167, 1 (5). Das RG bejaht in dieser Entscheidung die haftungsrechtliche Beamten-eigenschaft eines privaten Autobusfahrers, der während der Besetzung Österreichs aufgefordert war, deutsche Soldaten zu fahren.

109) RGZ 104, 257 (261); 104, 346 (347).

110) KAYSER-LEISS, Amtshaftung, S. 25-26; v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl., Anm. III 2 d zu Art. 34.

111) KÖTTGEN, Gemeindeverfassungsrecht, in KommHdb. Bd. 1 § 46 I 4 u. II 2.

Zwar sind die Ratsmitglieder weder Ehrenbeamte noch üben sie eine ehrenamtliche Tätigkeit aus. Sie stehen auch in keinem dienstrechtlichen Verhältnis zur Gemeinde ¹¹¹⁾. Denn dienstrechtliche Vorstellungen, beispielsweise Weisungsgebundenheit und Disziplinaraufsicht, sind auf die Ratsmitglieder grundsätzlich nicht anwendbar.

Auf der anderen Seite darf aber aus der inneren Organisation des Rates, die sich an das Vorbild des staatlichen Parlamentsrechts anlehnt, nicht die Folgerung gezogen werden, daß die Ausübung des "Mandats" der Ratsmitglieder keine Amtsausübung im Sinne des Art. 34 GG sein könne. Zwar hat die GO in Anlehnung an Art. 38 GG die klassische Formel des repräsentativen Parlamentarismus übernommen, auch die Wahl der Ratsmitglieder ist dem Parlamentswahlrecht angenähert, und die innere Organisation und das Verfahren im Rat ist nach parlamentarischen Vorbildern gestaltet - es wird daher oft von einem "Gemeindeparlament" gesprochen -, aber der persönliche Status der Ratsmitglieder ist von dem eines Abgeordneten im Bund oder den Ländern deutlich unterschieden. Den Ratsmitgliedern werden eine Reihe von Pflichten auferlegt (§ 30 Abs. 2, §§ 22-24 u. 25 Abs. 1, 3 u. 4 nwGO), die die gesetzlichen Ordnungen der Parlamente für ihre Mitglieder nicht vorsehen. Die Ratsmitglieder sind sogar der Gemeinde unter Umständen schadenersatzpflichtig (§ 30 Abs. 3 nwGO). Das sind Strukturelemente, die mit parlamentsrechtlichen Vorstellungen unvereinbar sind. Auch von der Funktion her ist der Rat kein "Gemeindeparlament", da die Verwaltungstätigkeit bei weitem den bescheidenen Bereich der kommunalen Legislativen überwiegt.

Die Auffassung BETTERMANNs ¹¹²⁾, die Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften fielen nicht unter Art. 34 GG, da sie Mandatsträger, aber keine Amtsträger seien, ist daher abzulehnen. Das mag für Gemeindevertretungen anderer Bundesländer gelten, nicht aber für Nordrhein-Westfalen, weil hier der Rat oberstes Verwaltungsorgan der Gemeinde ist. BETTERMANN selbst scheint in dieser Richtung eine Ein-

111) KÖTTGEN, Gemeindeverfassungsrecht, in KommHdb. Bd. 1 § 46 I 4 u. II 2.

112) BETTERMANN, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, in Die Grundrechte, III 2 S. 779 (836).

schränkung zu machen, da er die Amtshaftung bei Amtspflichtverletzungen der Mandatsträger kommunaler Vertretungskörperschaften dann für gegeben ansieht, "wenn und soweit diese in staatlichen Auftragsangelegenheiten fungieren." ¹¹³⁾ Hieran zeigt sich, daß auch BETTERMANN die Frage nach der Amtsträgereigenschaft in erster Linie nach der ausgeübten Funktion entscheidet.

Die Ratsmitglieder bilden den Rat, dessen Aufgabe die Verwaltung der Gemeinde ist. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, haben die Ratsmitglieder einen besonderen Status, in dem sich parlamentsrechtliche und amtsrechtliche Strukturelemente mischen. Dieser Status befähigt sie, in einem besonderen Amtsverhältnis öffentliche Gewalt auszuüben. Dieses Befugnis ist durch die Gemeindeordnung in das Amt der Ratsmitglieder hineingelegt. Mit der Wahl und ihrer Annahme wird den Ratsmitgliedern von der Bürgerschaft das Amt und damit die Befugnis zur Ausübung öffentlicher Gewalt "anvertraut". Diese direkte Amtsübertragung durch das "regierte Volk" auf die "regierenden Ratsmitglieder" ist die ursprünglichste und der Idee der Selbstverwaltung gemäßeste Art, die Ausübung der öffentlichen Gewalt anzuvertrauen.

VI. Ergebnis

Die Ratsmitglieder in NRW sind keine Ehrenbeamte. Durch ihre Verwaltungstätigkeit im Gemeinderat üben sie öffentliche Gewalt aus. Die Ausübung öffentlicher Gewalt ist ihnen anvertraut. Die Ratsmitglieder sind also Amtsträger im Sinne des Art. 34 GG ¹¹⁴⁾.

113) BETTERMANN, a.a.O.

114) Ebenso für Kreistagsmitglieder BGHZ 11, 192 (197) = NJW 1954, 757; für Ausschußmitglieder BGH bei KAYSER-LEISS, Amtshaftung, Nr. 1244 u. 1245; BGH Urt. v. 13. 12. 1960 in LM Nr. 54a zu Art. 34 GG zweifelt unter Berufung auf BETTERMANN daran, daß die Ratsmitglieder in Schleswig-Holstein öffentliche Gewalt ausüben, die Frage bleibt aber dahingestellt. Für die Amtsträgereigenschaft: ZUMPE, Rechtsstellung, S. 89; NEUMANN, Rechtsstellung, S. 60; FECHTRUP, Sachkundige Bürger, S. 96; GÖNNENWEIN, Gemeinderecht, S. 274; MUNTZKE-SCHLEMPPE, heGO, Erl. IX zu § 35; KUNZE-SCHMID, bwGO, Erl. I 5 zu § 32; ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, 2. Aufl., S. 202, Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., § 64 II b; derselbe, Verwaltungsrecht II, § 86 VI e 3; für die Ratsmitglieder der rev. DGO SCHULZE, Rechtsstellung, AöR Bd. 76 S. 25 (38).

§ 5 Haftungsvoraussetzungen

Nachdem feststeht, daß die Ratsmitglieder Amtsträger im Sinne des Art. 34 GG sind, sollen nun die übrigen Voraussetzungen der Amtshaftung in Bezug auf die Ratsmitglieder untersucht werden.

I. Die Haftung für ein Kollegium

a) Haftung und Kollegialprinzip

Nach dem Wortlaut des § 839 BGB und des Art. 34 GG haftet der Staat nur für einen "Beamten" bzw. "jemand", also für eine Einzelperson. Der Gemeinderat ist aber eine Personenmehrheit, die nur in gesetzlich festgelegter Weise als Kollegium zusammen wirken kann. Die Entschlüsse oder Entscheidungen eines Kollegialorgans treten nach außen als Äußerungen des ganzen Kollegiums in Erscheinung. Nach außen hin ist weder zu erkennen, ob die Entscheidung von der Meinung aller oder nur eines Teiles der Mitglieder getragen wird, noch ist erkennbar, wer für die Entscheidung verantwortlich ist. Das Abstimmungsverhalten der Mitglieder bleibt anonym. Die Verantwortungslage ist somit unklar, worin ein Nachteil des Kollegialprinzips gegenüber dem monokratischen Verwaltungsprinzip liegt¹¹⁵⁾. Der Bürger, der von der rechtswidrigen Ausübung öffentlicher Gewalt durch den Gemeinderat oder einen Ausschuß betroffen worden ist und Ersatzansprüche geltend machen will, steht der Anonymität des Gemeinderates bzw. eines Ausschusses gegenüber.

Nach dem Wortlaut der Haftungsgesetze erscheint es daher überhaupt fraglich, ob die Gemeinde für die Schäden, die durch den Gemeinderat entstanden sind, haftet. Die Frage nach der Verantwortung des Gemeinderates wird deshalb besonders problematisch, weil die Amtshaftung auf dem Verschuldensprinzip aufgebaut ist.

115) FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl. S. 389; DAGTOGLOU, Kollegialorgane, S. 25 f.

b) Keine Haftung des Kollegiums

Da die Amtshaftung das Entstehen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft für die Amtspflichtverletzungen eines Amtsträgers im Wege der Haftungsübernahme ist, besteht eine Haftung der Gemeinde für das Kollegium Gemeinderat nur dann, wenn das Kollegium selbst haftet.

Die Frage, ob ein Beamtenkollegium als solches haftbar gemacht werden kann, war im gemeinen Recht nur eine Zeitlang streitig¹¹⁶⁾. Das Reichsgericht war der Ansicht, daß bei Haftungsfällen, die ein Verschulden zur Voraussetzung haben, ein Kollegium schon deshalb nicht haftbar sei, weil ein Verschulden nur natürlichen oder juristischen Personen zugerechnet werden könne, jenen aber auch nur dann, wenn sie dabei für das Verschulden ihrer Vertreter einzustehen hätten. Da Beamtenkollegien keine juristischen Personen seien, sei auch eine Haftbarmachung des Kollegiums als **solchem unmöglich**¹¹⁷⁾. Nach Preußischem Allgemeinem Landrecht konnten aber alle Mitglieder eines Kollegiums haftbar gemacht werden¹¹⁸⁾.

Bei der Schaffung des BGB gingen die Ansichten darüber auseinander, ob bei Schadenzufügungen durch ein Kollegium nur die schuldigen Mitglieder oder sämtliche Mitglieder (wie nach dem ALR) oder wenigstens die an der Entscheidung beteiligten Mitglieder oder ob gar das ganze Kollegium als solches in Anspruch genommen werden könnte¹¹⁹⁾. Da ein Bedürfnis zur Erleichterung der Durchsetzbarkeit der Ersatzansprüche verneint wurde¹²⁰⁾, und eine Gesamthaftung für die nichtschuldigen Mitglieder zu Härten geführt hätte, ließ der Gesetzgeber auch die Gesamthaftung aller Mitglieder eines Kollegiums, wie sie im ALR bestand, fortfallen. Das

116) Vgl. die Auseinandersetzung des RG mit dieser Meinung im Urteil v. 23.3.1899 in SeuffA Bd. 54 Nr. 224.

117) RG, a. a. O.

118) Vgl. § 127 II 10 ALR: "Geschäfte, welche dem ganzen collegia obliegen, müssen von allen Mitgliedern desselben vertreten werden." Nähere Ausgestaltung dieser Haftung in §§ 128-145 II 10 ALR; RGZ 29, 249 (250); RG a. a. O. = JW 1899 S. 287.

119) Motive zum BGB, Bd. II S. 826.

120) Motive, a. a. O. und Denkschrift S. 106.

BGB kennt daher weder eine Haftung des Kollegiums als solchem, noch eine Gesamthaftung aller seiner Mitglieder ¹²¹⁾.

c) Verantwortlichkeit der Kollegialmitglieder

Verantwortlich sind nur die Mitglieder, die (schuldhaft) an der fehlerhaften Entscheidung beteiligt waren ¹²²⁾. Da also nur der schuldige Amtsträger haftet, muß der Geschädigte nach den allgemeinen Regeln des Haftungsrechts behaupten und notfalls auch beweisen, welcher Amtsträger schuldhaft an dem Zustandekommen der fehlerhaften Entscheidung beteiligt war. In der Regel wird aber ein geschädigter Dritter nicht in der Lage sein, zur Begründung seiner Amtshaftungsklage die an einer Kollegialentscheidung beteiligten Amtsträger namentlich zu benennen. Selbst wenn ein Bürger durch die Amtspflichtverletzung eines einzelnen Amtsträgers geschädigt worden ist, wird es ihm oft nicht möglich sein, diesen Amtsträger namentlich zu bezeichnen.

Bei einer Amtshaftungsklage wird aber nicht der Amtsträger selbst, sondern die Körperschaft verklagt, in deren Dienst der Amtsträger steht. Der Kläger genügt daher seiner Behauptungs- und Beweislast, wenn er vorträgt, durch eine bestimmte Amtshandlung geschädigt worden zu sein, die von einem namentlich nicht näher bezeichneten Amtsträger ausgegangen ist, der dabei seine Amtspflichten verletzt hat. Der Kläger muß die entsprechende Verwaltungsstelle oder Behörde, von der die Amtshandlung ausging, benennen, denn es ist erforderlich, daß festgestellt werden kann, welche öffentlich-rechtliche Körperschaft die Haftung übernehmen muß. Für das Amtshaftungsrecht hat sich daher der Grundsatz ausgebildet, daß zur Begründung eines Amtshaftungsanspruchs die Feststellung der individuellen Persönlichkeit des schädigenden Amtsträgers nicht er-

121) STAUDINGER-ENGELMANN, BGB, 9. Aufl. Anm. 9 zu § 839; ERMAN-DREES, BGB, 3. Aufl. Bem. 2 B d cc zu § 839; "Gehaftet wird stets nur für einzelne Amtsträger, nicht z. B. für ein Kollegialgericht."

122) RGZ 89, 13 (15) = JW 1917 S. 166 = KAYSER-LEISS, Amtshaftung, Nr. 714; RG in JW 1928 S. 2534 = KAYSER-LEISS, a. a. O. Nr. 715; BGH in KAYSER-LEISS a. a. O. Nr. 716; a. M. SCHULZ, Rechtsstellung, in AÖR Bd. 76 S. 25 (39), der die Ansicht vertritt, der Gemeinderat "ist auch in seiner Gesamtheit Dritten gegenüber verantwortlich."

forderlich ist. ¹²³⁾

Dieser Grundsatz gilt auch für Amtspflichtverletzungen von Kollegialorganen ¹²⁴⁾. Im Falle der Schädigung durch den Rat oder einen Ausschuß genügt es also, daß der Geschädigte behauptet und evtl. beweist, daß der Schaden durch Verletzung einer Amtspflicht von Ratsmitgliedern entstanden ist. Der Geschädigte braucht die Ratsmitglieder, die für den schädigenden Beschluß gestimmt haben, nicht namentlich zu benennen, noch deren Mitwirkung zu beweisen. Da Kollegialentscheidungen Mehrheitsentscheidungen sind, muß die Mehrheit der Ratsmitglieder schuldhaft gehandelt haben, wenn die Beschlußfassung eine Amtspflichtverletzung war. Dies genügt für die Entstehung der Amtshaftung ¹²⁵⁾.

Hat also der Gemeinderat in Ausübung öffentlicher Gewalt einem Dritten einen Schaden zugefügt, so entfällt der Schadensersatzanspruch gegen die Gemeinde nicht deshalb, weil ein Kollegium gehandelt hat ¹²⁶⁾. Vom Zweck der Staatshaftung aus betrachtet, ist dieses Ergebnis richtig, denn der durch die Ausübung öffentlicher Gewalt betroffene Staatsbürger soll vor rechtswidrigen Eingriffen in seine von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannten Interessen geschützt werden. Der durch solche Eingriffe verursachte Schaden soll durch einen zahlungsfähigen Schuldner ausgeglichen werden ¹²⁷⁾. Es kann deshalb nicht darauf ankommen, ob der schadenverursachende Eingriff durch das Organ einer nach monokratischem Prinzip organisierten Verwaltung oder durch ein Kollegialorgan erfolgt ist.

123) BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 31 und 108 zu § 839; ERMAN-DREES, BGB, 3. Aufl. Bem. 2 B d, dd; SOERGEL-SIEBERT, BGB, 9. Aufl. Anm. 215 zu § 839.

124) RGZ 89, 13 (15); 100, 102 = KAYSER-LEISS, Amtshaftung, Nr. 94; RG in SeuffA Bd. 83 Nr. 210; Pr. OVG Bd. 70, 433 (436); ERMAN-DREES, BGB, 3. Aufl. Bem. 10 a, bb zu § 839; SOERGEL-SIEBERT, BGB, 9. Aufl. Anm. 32 zu § 839.

125) BGH Urt. v. 13. 5. 1954 = KAYSER-LEISS, Amtshaftung, Nr. 717: "Es ist genügend und entscheidend um eine Haftung der bekl. (Stadt) auszulösen, daß die Mehrheit des (Stadt-)Ausschusses schuldhaft gehandelt hat."

126) Die Haftung für die Mitglieder eines Kollegiums wird bejaht in RGZ 130, 319 (321 f) (Lippisches Landespräsidium); OLG Tübingen in MDR 1953 S. 564 (bad. Landesregierung). BGH Urt. v. 3. 5. 1956 = LM Nr. 1 zu Art. 97 BayVerf.

127) FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl. S. 281.

II. Amtshandlung im Sinne des Art. 34 GG und ihre Voraussetzungen

a) Hoheitlicher Bereich

Ein Amtshaftungsanspruch gegen Ratsmitglieder setzt eine Amtshandlung im Sinne des Art. 34 GG voraus. Eine Amtshandlung liegt dann vor, wenn sie vom Amtsträger "in Ausübung des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes" ausgeführt worden ist. Hierbei ist der Begriff des öffentlichen Amtes einschränkend als Ausübung öffentlicher Gewalt auszulegen. Er dient in Bezug auf die Amtshandlung zur Abgrenzung von den privatrechtlichen Handlungen. Die Merkmale und Kennzeichen, die bei der Frage nach der Amtsträgereigenschaft der Ratsmitglieder für den Begriff der öffentlichen Gewalt aufgezeigt wurden, gelten hier in gleicher Weise. Amtshandlung im Sinne des Art. 34 GG ist daher jede amtliche Tätigkeit der Ratsmitglieder, die nicht eine Wahrnehmung privatrechtlicher Verrichtungen der Gemeinde darstellt.

Es fragt sich, ob es nicht begrifflich ausgeschlossen ist, daß eine Amtspflichtverletzung "in Ausübung" eines anvertrauten öffentlichen Amtes erfolgt, denn eine Kompetenz, rechtswidrig zu handeln, ist undenkbar¹²⁸⁾. Aber diese Bedenken bestehen zu unrecht, da die Kompetenz nur das "Dürfen" nicht auch das "Können" bestimmt. Ein Amtsträger darf zwar nicht rechtswidrig handeln, er kann aber rechtswidrig handeln.

b) Innerer Zusammenhang mit dem Amt

Mit den Worten "in Ausübung" hat der Gesetzgeber ausdrücken wollen, daß der Staat nur für solche Handlungen haftet, die von dem Amtsträger in einem inneren Zusammenhang mit dem öffentlichen Amt vorgenommen worden sind. Damit scheiden die fiskalischen Handlungen aus, aber auch

128) KELSEN hat in der Abhandlung: "Über Staatsunrecht" in Zeitschrift für d. private u. öffentliche Recht d. Gegenwart Bd. 40 S. 32-34 auf diesen begrifflichen Widerspruch hingewiesen. TRAVING, Staatshaftung S. 81-83 hat sich hiermit erneut auseinandergesetzt und eine begriffliche Vereinbarkeit bejaht.

die Handlungen, die nur gelegentlich der Amtswahrnehmung begangen worden sind ¹²⁹⁾.

Als Kennzeichen, ob ein innerer Zusammenhang mit der Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes besteht, kann zunächst die innere Willensrichtung des Amtsträgers bei Vornahme der in Frage stehenden Handlung herangezogen werden ¹³⁰⁾. Diese Methode führt aber zu Rechtsunsicherheiten, da es für Außenstehende nahezu unmöglich ist, die wirkliche Willensrichtung des Amtsträgers zu ermitteln. Dagegen führt die jetzige Methode weiter, die die Amtshandlung nach dem nach außen in Erscheinung tretenden Zusammenhang der betreffenden Handlung mit dem öffentlichen Amt beurteilt ¹³¹⁾. Hier ist es dem außenstehenden Geschädigten möglich, die Handlung auf ihren inneren Zusammenhang mit dem Amt zu untersuchen und zu beurteilen ¹³²⁾.

c) Zuständigkeit

Es liegt aber nicht schon dann eine Amtshandlung im Sinne des Art. 34 GG vor, wenn die Handlung des Amtsträgers in innerem Zusammenhang mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes steht, es ist darüber hinaus erforderlich, daß die Handlung im Zusammenhang mit dem "anvertrauten" öffentlichen Amt vorgenommen wird. Hier hat das Merkmal des Anvertrautseins die Aufgabe, die Amtshandlungen auf die Handlungen des Amtsträgers zu begrenzen, die im örtlichen und sachlichen Zuständigkeitsbereich des ihm übertragenen Amtes liegen ¹³³⁾. Um bei Zuständigkeits-

129) RGZ 104, 286 (288); 105, 230 (232); ANSCHÜTZ, Verfassung, 14. Aufl. Anm. 7 zu Art. 131; JESS, in BK, Erl. II 3 zu Art. 34; v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl. Anm. III 2 c zu Art. 34; BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 22 zu § 839; KAYSER-LEISS, Amtshaftung, S. 29 und Rspr. Nachw. Nr. 147-166; BETTERMANN, Rechtsgrund der Staatshaftung, in DÖV 1954 S. 303.

130) REINHARD, Die Grenzen der Amtshaftung, Diss. jur. Freiburg 1951 S. 41.

131) Kelsen, a. a. O. S. 109.

132) Diesen Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes will TRAVING, Staatshaftung, S. 88 maßgeblich sein lassen.

133) TRAVING, a. a. O. S. 65.

überschreitungen eine Grenze zwischen den Handlungen zu ziehen, die noch Amtshandlungen im Sinne des Art. 34 GG sind, und solchen, die aus der Amtshaftung wegen fehlender Amtshandlung herausfallen, ist der Dienstbereich oder Aufgabenbereich des Amtsträgers ein objektives Merkmal. Hält sich die Handlung noch in dem allgemeinen Dienstbereich, dessen Umfang sich aus den einschlägigen Vorschriften festlegen läßt (für Ratsmitglieder etwa durch § 28 nwGO), so liegt eine Amtshandlung vor, und die Amtshaftung greift trotz einer Zuständigkeitsüberschreitung ein¹³⁴⁾.

III. Die Amtspflichten

Eine weitere tatbestandsmäßige Voraussetzung für die Amtshaftung ist die Verletzung einer Amtspflicht einem Dritten gegenüber.

a) Amtspflichten im Sinne der Amtshaftungsbestimmungen

Weder Art. 34 GG noch § 839 BGB begründen selbständige Amtspflichten. Unter Amtspflichten im Sinne der Amtshaftungsgesetze werden die Pflichten verstanden, die sich allgemein aus der Rechtsstellung des Amtsträgers ergeben¹³⁵⁾. Da in § 839 BGB nicht zwischen Verletzung von Amtspflichten in Ausübung hoheitlicher Gewalt und im privatrechtlichen Bereich unterschieden wird, es aber verschiedene spezifische Amtspflichten für beide Bereiche gibt, muß die weitere inhaltliche Bestimmung des Begriffs der Amtspflicht für die Amtshaftung in engem Zusammenhang mit dem Begriff des anvertrauten öffentlichen Amtes erfolgen. Die Amtspflichten im Sinne des Art. 34 GG sind daher die mit der Ausübung einer

134) KATZENSTEIN, Entschädigungspflicht, S. 63; ähnlich PETERS, Lehrbuch, S. 204: Die Staatshaftung tritt ein "solange der Beamte aus seiner Dienststelle heraus gehandelt hat." Nach Auffassung des Reichsgerichts scheint bei jeder Zuständigkeitsüberschreitung die Amtshaftung einzugreifen, da das RG in Bd. 71, 60 (62); 99, 285 (287-88); 104, 346 (348); 140, 423 (428), 144, 391 (395) ausführte, daß es zu den Pflichten der Beamten gehöre, die Grenzen ihrer Zuständigkeit einzuhalten.

135) ERMAN-DREES, BGB, 3. Aufl. Bem. 3 a zu § 839; BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 32 zu § 839; PALANDT-GRAMM, BGB, 21. Aufl. Anm. 4 a zu § 839.

nicht fiskalischen Tätigkeit verbundenen Pflichten ¹³⁶⁾.

Ihren rechtlichen Ursprung haben die Amtspflichten in den dienstrechtlichen Pflichten der Beamten. Die Anknüpfung an das Dienstrecht hat den Vorteil, daß dem Beamten die Grenzen seiner Verantwortlichkeit klar vor Augen stehen. Die Verletzung konkreter Dienstleistungspflichten, d. h. Pflichten zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen im Amt, begründet die Verantwortlichkeit der Beamten ¹³⁷⁾. Im Zuge der Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Staatshaftung wurde diese für den Beamten klar erkennbare Grenzlinie aufgegeben, indem allgemeine Sorgfaltspflichten, wie sie mit jeder Amtstätigkeit verbunden sind, in zunehmendem Maße als Amtspflichten im Sinne der Amtshaftung aufgestellt wurden ¹³⁸⁾. Typische Amtspflichten in diesem Sinne sind die Pflicht, das Amt sachlich, nach Treu und Glauben und guter Sitte zu erfüllen ¹³⁹⁾, oder "dafür zu sorgen, daß Dritte, die von der Amtstätigkeit nicht berührt werden sollen, auch nicht durch sie beeinträchtigt werden" ¹⁴⁰⁾, oder endlich, sich die Fähigkeiten zu verschaffen, um den Anforderungen des Amtes gerecht werden zu können ¹⁴¹⁾.

Wenn nun die Amtspflichten dienstrechtlichen Ursprungs sind und inhaltlich auch meist diesen Charakter haben, so fragt es sich, wie es mit den Amtspflichten derjenigen Amtsträger steht, die nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft in einem der abstrakt geregelten Dienstpflichtverhältnisse des Beamten- oder Arbeitsrechts stehen. Auch diese Amtsträger stehen zu der öffentlich-rechtlichen Körperschaft in einem Dienstpflichtverhältnis. Es ist dies eine besondere Erscheinungsform des durch die Übernahme und Ausübung eines öffentlichen Amtes begründeten und

136) TRAVING, Staatshaftung, S. 89.

137) REINHARDT, Grundgedanken, in DÖV 1955 S. 542 (543).

138) REINHARDT, Verh. 41. DJT. Bd. I 1. Halbbd. (1955) S. 233 (252) vgl. die dortige Aufzählung dieser Amtspflichten.

139) RGZ 154, 201 (208) = JW 1937, S. 2048.

140) RGZ 125, 85 (86).

141) HRR 1931 Nr. 854; BGH Urt. v. 13. 5. 1954 = KAYSER-LEISS, Amtshaftung, Nr. 717.

charakterisierten, begrifflich umfassenderen Pflichtenverhältnisses ¹⁴²⁾.

Die Ratsmitglieder sind Amtsträger, die in keinem Dienstverhältnis zur Gemeinde stehen. Ihre Amtspflichten ergeben sich aus ihrer Rechtsstellung als Ratsmitglieder. Ihre wesentliche Ausgestaltung haben diese Amtspflichten durch ausdrückliche Regelung in den §§ 30 Abs. 2, 22-24, 25 Abs. 1, 3 und 4 nwGO erhalten. Aber auch durch die Ausübung des öffentlichen Amtes werden Amtspflichten begründet, die der Ausübung öffentlicher Gewalt allgemein innewohnen. So ergeben sich auch für die Ratsmitglieder ungeschriebene Amtspflichten aus der Natur ihrer Stellung und der von ihnen ausgeübten Funktionen (vgl. S. 56 f).

b) Amtspflichten einem Dritten gegenüber

Die Amtspflichten der Ratsmitglieder bedürfen einer Abgrenzung, da nach Art. 34 GG die Amtshaftung nicht bei jeder Amtspflichtverletzung ausgelöst wird. Nur wenn dem Amtsträger die verletzte Amtspflicht einem Dritten gegenüber oblag, haftet die Körperschaft. Hierdurch wird der Kreis der überhaupt für die Amtshaftung relevanten Amtspflichten eingeschränkt.

Durch dieses Erfordernis der einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht entfallen alle internen Amtspflichten, die das Innenverhältnis zwischen Amtsträger und öffentlicher Körperschaft regeln ¹⁴³⁾. Es sind dies in erster Linie Dienstpflichten, "die innerhalb des Gemeinwesens im Verhältnis zu den gleichgeordneten, nebengeordneten, übergeordneten oder untergeordneten Behörden zur Aufrechterhaltung einer geordneten, wohlfunktionierenden Verwaltung erlassen und zu beachten sind" ¹⁴⁴⁾. Zwar

142) G. JELLINEK, System, S. 172; "Jede Person, die staatliche Funktionen übernimmt, ist durch diesen Akt notwendigerweise dem Staate verpflichtet."

143) RGZ 78, 241 (243); ANSCHÜTZ, Verfassung, 14. Aufl. Anm. 10 zu Art. 131; JESS, in BK, Erl. II 4 zu Art. 34; v. MANGOLDT, Kommentar, Anm. 2 zu Art. 34; BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 40 zu § 839; PALANDT-GRAMM, BGB, 21. Aufl. Anm. 5 A zu § 839; FISCHBACH, BBG, 2. Aufl. Anm. 8 a zu § 78; BETTERMANN, Anmerkung, in NJW 1955 S. 97.

144) BGHZ 26, 232 (234) = NJW 1958 S. 629, und unter Bezugnahme auf diese Entscheidung BGHZ 27, 210 = NJW 1958 S. 1392.

können andere öffentliche Körperschaften unter Umständen "Dritter" im Sinne des § 839 BGB sein ^{144a)}, aber die allgemeinen aus dem Dienstverhältnis fließenden Dienstpflichten des Amtsträgers, die Belange des Dienstherrn wahrzunehmen, sind keine ihm der Anstellungskörperschaft als einem "Dritten" gegenüber obliegenden Amtspflichten. Zu den nur im Innenverhältnis wirkenden Amtspflichten gehören für die Ratsmitglieder die persönliche Treupflicht nach §§ 30, 24 nwGO.

Nicht alle Amtspflichten, die nach außen wirken und sich damit auf Außenstehende beziehen, obliegen den Amtsträgern "einem Dritten" gegenüber. Die Pflichten, die den Amtsträgern nach außen auferlegt sind, aber zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder dem Interesse des Staates an einer ordnungsmäßigen Amtsführung der Amtsträger dienen, bestehen zwar der Allgemeinheit gegenüber, aber sind keine einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflichten und scheiden damit ebenfalls aus dem Kreis der für die Amtshaftung erheblichen Amtspflichten aus ¹⁴⁵⁾.

Wie sich aus der Verknüpfung der Amtshaftung mit § 839 BGB ergibt, muß die Amtspflicht gegenüber dem Geschädigten individuell bestehen. Ob eine bestimmte Amtspflicht im Innenverhältnis gegenüber dem Staat oder der Allgemeinheit oder gegenüber einem Dritten besteht, ist dem Zweck und dem Interesse, denen die Amtspflicht dienen soll, zu entnehmen ¹⁴⁶⁾. Eine Amtspflicht einem Dritten gegenüber ist auch dann anzunehmen, wenn ihr Zweck nicht ausschließlich, sondern auch dem Schutz und dem Interesse eines Dritten dienen soll ¹⁴⁷⁾. Jeder Einzelfall ist daraufhin zu prüfen, ob für die Amtspflicht eine individuelle Beziehung zu einem

144a)BGH a.a.O., z.B. besteht die Amtspflicht einer Gemeindebehörde gegenüber dem Land, Bescheinigungen, die zum Nachweis anspruchsbegründender Voraussetzungen für Entschädigungen durch das Land verwendet werden, richtig und wahrheitsgemäß auszustellen, vgl. BGH in LM Nr. 56 zu § 839 (C) = NJW 1960, S. 1517.

145) Ständige Rechtsprechung: RGZ 78, 241 (243); 118, 325 (327); 134, 311 (321); 135, 110 (113); 139, 149 (153); 140, 423 (427); 169, 312 (314); BGHZ 1, 388 (394); 14, 319 (322); 15, 305 (309 f); 18, 100 (113) mit weiteren Nachweisen; 20, 53 (55); JESS, in BK, Erl. II 4 zu Art. 34; FISCHBACH, BBG, 2. Aufl. Anm. 8 a zu § 78; a.A. BETTERMANN, Anmerkung in NJW 1955 S. 97.

146) RGZ 139, 149 (153); 140, 423 (427); BGHZ 1, 388 (394); 14, 319 (322).

147) BGHZ 18, 110 (113); TRAVING, Staatshaftung, S. 105.

einzelnen Dritten oder zu einer konkretisierten Mehrheit von Einzelpersonen besteht. Allgemeine Regeln lassen sich nicht aufstellen. Ob eine Amtspflicht Dritten gegenüber besteht, wird häufig daran zu erkennen sein, ob dem betreffenden Dritten ein Rechtsmittel gegen die Amtshandlung zusteht ¹⁴⁸⁾.

Die Rechtsprechung hat im Laufe der Zeit den Begriff der "Amtspflicht" laufend ausgeweitet und insbesondere die Anforderungen an die Bezogenheit der Amtspflichten auf Dritte fortschreitend herabgesetzt ¹⁴⁹⁾. Der BGH führte diese Linie weiter, indem er in einer Entscheidung unter ausdrücklicher Berufung auf das Reichsgericht ausführt: "Was nun den Kreis der Dritten im Sinne des § 839 BGB anlangt, so fallen darunter nicht nur die bei dem Amtsgeschäft unmittelbar Beteiligten, sondern alle Personen, deren Interesse nach der besonderen Natur des Amtsgeschäftes durch dieses berührt wird und in deren Rechtskreis dadurch eingegriffen werden kann, auch wenn sie durch die Amtsausübung nur mittelbar und unbeabsichtigt betroffen werden." ¹⁵⁰⁾

c) Amtspflichten der Ratsmitglieder

Nach diesen Untersuchungen über die Amtspflichten der Amtsträger gegenüber Dritten sollen, von den allgemeinen Amtspflichten der Ratsmitglieder ausgehend, die individuell bezogenen Amtspflichten der Ratsmitglieder aufgezeigt werden.

1) aa) "Die Ratsmitglieder sind verpflichtet, in ihrer Tätigkeit ausschließlich nach dem Gesetz und ihrer freien, nur durch die Rücksicht auf

148) RGZ 66, 107 (109); 135, 110 (115); 140, 174 (183 f.); BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 41 zu § 839; PALANDT-GRAMM, BGB, 21. Aufl. Anm. 5 A zu § 839; KAYSER-LEISS, Amtshaftung, S. 35; Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 64 I 5.

149) TIETGEN, Amtshaftung, in DVBl 1955, S. 549 (551).

150) BGHZ 20, 53 (56); vgl. auch RGZ 138, 309 (313) mit weiteren Hinweisen; RGZ 140, 423 (427); 151, 109 (113); 170, 127 (139).

das öffentliche Wohl bestimmten Überzeugung zu handeln; sie sind an Aufträge nicht gebunden", so umschreibt § 30 Abs. 1 nwGO die wichtigste Pflicht der Ratsmitglieder. Einmal ist damit die klassische Formel des repräsentativen Parlamentarismus in Anlehnung an Art. 38 GG für die Gemeinderatsmitglieder in die nwGO aufgenommen, aber neben der Statuierung des freien Mandats (Freiheit von Weisungen und Aufträgen) enthält § 30 Abs. 1 nwGO die persönlich verpflichtende Bindung der Ratsmitglieder an die Gesetze.

Die Bindung der Ratsmitglieder an die Rechtsordnung ist in erster Linie eine Amtspflicht gegenüber der Gemeinde. Das ergibt sich daraus, daß die Ratsmitglieder zur Ausübung der ihnen übertragenen Aufgaben in der Gemeinde berufen sind, zum anderen auch daraus, daß sie organschaftlich für die Gemeinde handeln. Diese Pflicht besteht aber auch gegenüber dem Staat als der Institution, die die Rechtsordnung begründet hat und in die die Gemeinden eingegliedert sind¹⁵¹⁾. Diese Amtspflicht dient insbesondere der Durchführung einer ordnungsmäßigen Gemeindeverwaltung im allgemeinsten Sinne und ist damit Amtspflicht gegenüber der Gemeinde und der Allgemeinheit (Allgemeinheit als Inbegriff der Vielheit von Personen).

bb) Die Ratsmitglieder haben eine persönliche Treupflicht¹⁵²⁾ gegenüber der Gemeinde (§ 30 Abs. 2 i. V. m. § 24 Abs. 1 nwGO). Sie sind verpflichtet, in allem die Interessen der Gemeinde wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigt. Auf diesen allgemeinen und unpräzisen Begriff lassen sich die meisten Einzelpflichten der Ratsmitglieder zurückführen, denn beispielsweise verbietet schon die Treupflicht den Ratsmitgliedern die Mitwirkung an solchen Angelegenheiten, in denen sie sich in einem Interessenkonflikt befinden. Aber das Mitwirkungs- und Vertretungsverbot wird noch einmal ausdrücklich normiert (§ 30 Abs. 2 i. V. m. §§ 23, 24 I S. 2 nwGO). Auch die Pflicht zur

151) NEUMANN, Rechtsstellung, S. 37.

152) Vgl. zu dem der Treupflicht zugrunde liegenden Treueverhältnis der Ratsmitglieder, v. KEMPIS, Treueverhältnis, in Kom. pol. Bl. 1960 S. 265 und 313. Zur Problematik des § 24 nwGO vgl. KLEIN, Treupflicht, in Die Gemeinde, 1954, S. 93 u. 115.

Amtsverschwiegenheit (§ 22 nwGO) ist letztlich ein Ausfluß der Treupflicht. Die persönliche Treupflicht ist eine Amtspflicht, die nur das Innenverhältnis zwischen Gemeinde und Ratsmitgliedern regelt.

2) Neben diesen Amtspflichten gegenüber der Gemeinde, auf deren gewissenhafte Erfüllung die Ratsmitglieder vereidigt werden (§ 32 Abs. 3 S. 2 nwGO), obliegen ihnen bei der Mitwirkung an der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit Amtspflichten gegenüber einzelnen Dritten. Individuell bezogene Amtspflichten müssen deshalb bestehen, weil durch die Verwaltungstätigkeit, an der die Ratsmitglieder teilhaben, oft Einzelpersonen berührt werden. Wie oben (S. 48 f.) gezeigt, ist aus dem Zweck und Interesse der die Amtspflicht begründenden Bestimmung die Bezogenheit dieser Amtspflicht auf einen Dritten zu entnehmen.

aa) Den Ratsmitgliedern obliegt die Amtspflicht, in ihrer Tätigkeit die geltenden Gesetze zu beachten (§ 30 Abs. 1 nwGO). Der Zweck dieser Bindung an die Rechtsordnung liegt insbesondere darin, die Personen zu schützen, die mit der Verwaltung der Gemeinde in Berührung kommen, ohne sich ihr entziehen zu können. Aus der Natur der Bindung an die Gesetze als einer Amtspflicht gegenüber der Allgemeinheit ergibt sich, daß diese Pflicht nicht allgemein eine Amtspflicht gegenüber Dritten ist, sondern erst im konkreten Fall zu einer Amtspflicht gegenüber der von der Verwaltungstätigkeit betroffenen Person wird. Ob die Pflicht zur Einhaltung der Gesetze zur Amtspflicht gegenüber einem Dritten geworden ist, muß also für den Einzelfall nach der in Frage stehenden und anzuwendenden Rechtsnorm entschieden werden. Bezweckt eine Norm den Schutz eines Dritten, so besteht ihm gegenüber eine Amtspflicht¹⁵³⁾.

Es ist ohne Bedeutung¹⁵⁴⁾ für die Annahme einer individuell bezogenen Amtspflicht, ob die Norm, die den Schutz verleiht, ein subjektiv öffentliches Recht begründet, oder ob die Position des Betroffenen lediglich einen Reflex objektiven Rechts darstellt, da dieser Unterschied unmaßgeblich

153) RGZ 140, 424 (427); BGHZ 1, 388 (394); 10, 122 (124); 14, 319; 20, 53 (56); BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 41 zu § 839; FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 174; NEUMANN, Rechtsstellung, S. 38.

154) PETERS, Lehrbuch, S. 204.

ist, wenn die Verwaltung handelnd eingreift. Er gewinnt nur Bedeutung, wenn die Verwaltung nicht handelt, der Dritte sie aber zum Handeln zwingen will.

bb) Für alle Rechtsgebiete gilt der Grundsatz, daß persönliche Beteiligung und amtliche Mitwirkung an einer Sache sich ausschließen. Es fragt sich, ob ein solches Mitwirkungsverbot eine Amtspflicht ist, die den Ratsmitgliedern Dritten gegenüber obliegt.

In § 30 Abs. 2 i. V. m. § 23 nwGO wird das Mitwirkungsverbot für die Ratsmitglieder ausdrücklich aufgestellt ¹⁵⁵⁾. Die Amtspflicht, sich bei Interessenkollision der Mitwirkung zu enthalten, besteht zunächst im Interesse der Sauberkeit der Verwaltung gegenüber der Allgemeinheit ¹⁵⁶⁾. Auch nur der äußere Schein der Unlauterkeit soll in der Verwaltung vermieden werden ¹⁵⁷⁾.

Sie besteht auch speziell gegenüber der Gemeinde, damit nicht Sonderinteressen der Beteiligten den Interessen der Gemeinde vorgezogen werden. Deshalb kann nach § 30 Abs. 3 Lit b nwGO ein Ratsmitglied, das in Verletzung des Mitwirkungsverbotes der Gemeinde einen Schaden zugefügt hat, für diesen Schaden haftbar gemacht werden.

Ob diese Amtspflicht des Mitwirkungsverbotes auch Dritten gegenüber besteht, muß aus dem Zweck des Mitwirkungsverbots entnommen werden. Es zeigt sich, daß neben den oben aufgezeigten Zwecken insbesondere auch der Schutz des einzelnen Bürgers erreicht werden soll. Zwar scheint der Wortlaut des Abs. 1 des § 23 nwGO dagegen zu sprechen, da ein Ratsmitglied von der Mitwirkung ausgeschlossen ist, wenn die Entscheidung ihm oder einem Angehörigen einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann. Die Vorschrift ist also nicht so formuliert, daß die Mit-

155) Über die allgemeinen Fragen der Interessenkollision vgl. FECHTRUP, Sachkundige Bürger, S. 43-56; HOFMEISTER, Interessenkollision; ODENBREIT-HENSEL, GO, 11. Aufl., S. 277 ff; MUNTZKE-SCHLEMPPE, heGO, Erl. zu § 25; ARENS, Problematik, in SKV 1960, S. 124.

156) Vgl. NEESSE, Interessenkollision, in Bayer. Bgm. 1955, S. 196.

157) So die Begründung für den Grundsatz des Mitwirkungsverbots, in Pr. OVG Bd. 99, S. 194 (200).

wirkung ausgeschlossen ist, wenn einem anderen - einem Dritten - ein Nachteil droht. Aber der allgemeine Zweck der Unparteilichkeit der Verwaltung verdichtet sich zur Amtspflicht einem Dritten gegenüber, wenn dieser in einer persönlichen Beziehung zum Handelnden steht und ein wirtschaftliches Interesse an der Angelegenheit hat. Dies kommt besonders deutlich in Abs. 2 des § 23 nwGO zum Ausdruck, der die Beteiligung ausschließt, wenn die Besorgnis der Befangenheit besteht. Neben dem Zweck einer sachlichen Verwaltung wird hier insbesondere der Schutz des einzelnen Bürgers angestrebt. Denn gerade durch das frühere Tätigwerden in einer konkreten Sache ist zwischen dem mitwirkenden Ratsmitglied und dem durch die Entscheidung Betroffenen eine persönliche Beziehung hergestellt, die das Mitwirkungsverbot zu einer individuell bezogenen Amtspflicht werden läßt. Die Rechtsprechung hat einen Ausschließungsgrund wegen persönlicher Beteiligung bejaht, wenn zwischen einem Amtsträger und einem Antragsteller eine derartige Feindschaft besteht, daß die Unbefangenheit nicht mehr als gesichert gelten kann ¹⁵⁸⁾. Dies ist ein Fall der individuell bezogenen Amtspflicht einem Dritten gegenüber, sich wegen Interessenkollision der Ausführung bzw. Beteiligung an einer Amtshandlung zu enthalten.

Das Mitwirkungsverbot des § 23 nwGO ist also für Ratsmitglieder eine Amtspflicht, die ihnen auch Dritten gegenüber obliegt ¹⁵⁹⁾.

cc) Aus der Treupflicht folgt das Vertretungsverbot für Ratsmitglieder. Danach ist es den Ratsmitgliedern untersagt, Ansprüche Dritter gegen die Gemeinde geltend zu machen (§ 30 Abs. 2 i. V. m. § 24 Abs. 1 S. 2 nwGO). Diese Amtspflicht obliegt den Ratsmitgliedern in erster Linie ge-

158) Pr. OVG Bd. 16 S. 353 (357); im Einklang mit SUREN-LOSCHOLDER, DGO Erl. 3 zu § 25 insbesondere HARTMANN, Begriff, in DVBl 1956 S. 709 (709), der entgegen der Meinung von HOFMEISTER, Interessenkollision S. 30 f u. 40 die Ansicht vertritt, daß auch rein ethische Interessen eine Interessenkollision herbeiführen.

159) Im Ergebnis ebenso, da er Schadenersatzpflicht aus Art. 34 GG für Fälle der Verletzung des Mitwirkungsverbotes bejaht, MUNTZKE-SCHLEMPPE, heGO, Erl. VIII 3 zu § 25 S. 473, FECHTRUP, a. a. O. S. 53 und HOFMEISTER, a. a. O. S. 75 erwähnen die Schadenersatzpflicht nach bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen.

genüber der Gemeinde, aber auch gegenüber der Allgemeinheit. Gegenüber der Gemeinde besteht die Pflicht deshalb, weil die Ratsmitglieder sich in einem besonderen Treueverhältnis zur Gemeinde befinden und sich aller Handlungen zu enthalten haben, die in irgendeiner Weise die Interessen der Gemeinde gefährden könnten¹⁶⁰⁾. Gegenüber der Allgemeinheit besteht diese Amtspflicht, da dem Vertretungsverbot der Gedanke zugrunde liegt, "die Gemeindeverwaltung von allen Einflüssen frei zuhalten, die eine objektive, unparteiische und einwandfreie Gemeindeverwaltung gefährden könnten"¹⁶¹⁾. Nach den oben entwickelten Grundsätzen bestehen Amtspflichten, die dem Interesse des Staates an einer ordnungsgemäßen Amtsführung dienen, zwar gegenüber der Allgemeinheit, nicht jedoch gegenüber Dritten. Somit begründet das Vertretungsverbot der Ratsmitglieder keine individuell bezogene Amtspflicht einem Dritten gegenüber. Im übrigen verbietet das Vertretungsverbot den Ratsmitgliedern, für Dritte tätig zu werden.

dd) Die Ratsmitglieder sind "zur Verschwiegenheit über solche Angelegenheiten verpflichtet, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich, besonders vorgeschrieben oder vom Rat beschlossen worden ist" (§ 30 Abs. 2 i. V. m. § 22 nwGO). Die Verschwiegenheitspflicht¹⁶²⁾ obliegt den Ratsmitgliedern einmal der Gemeinde gegenüber, damit das Vertrauen in die Sauberkeit der Verwaltung gewahrt, ihre Funktionsfähigkeit nicht gestört wird und die Gemeinde keinen Schaden erleidet (zum Beispiel bei Grundstücksverhandlungen). Neben diesem dienstlichen In-

160) Vgl. die Begründung zur entsprechenden Vorschrift in der DGO in Deutscher u. Preuß. Staatsanzeiger 1935 Nr. 26, 27, 28 abgedruckt bei SUREN-LOSCHOLDER, DGO, Erl. 1 zu § 26.

161) OVG Münster, AS Bd. 3 S. 22 (26); ähnlich BVerwG Beschl. v. 7. 2. 1956 in KOTTENBERG-STEFFENS, RSp. Entsch. Nr. 4 zu § 24.

162) Vgl. zur Verschwiegenheitspflicht allgemein OVG Münster AS Bd. 9 S. 92 = DVBl 1955 S. 500; OVG Münster AS Bd. 15 S. 64 (71 ff); MUNTZKE-SCHLEMPF, heGO, Erläuterungen zu § 24; KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl., Erl. zu § 22; AREND, Verschwiegenheitspflicht, in SKV 1957 S. 103 ff; BAUSINGER, Amtsverschwiegenheit u. Geheimhaltung, in Selbstverw. 1958 S. 53; PAUL, Amtsverschwiegenheit, in SKV 1958 S. 4 ff; FECHTRUP, Sachkundige Bürger, S. 72.

teresse dient die Verschwiegenheitspflicht aber in erster Linie dem Bürger, um ihn vor unbefugter Bekanntgabe seiner persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse zu schützen¹⁶³⁾. Man kann insoweit in der Amtsverschwiegenheit ein notwendiges Korrelat zu der dem Bürger obliegenden Offenbarungspflicht gegenüber der öffentlichen Verwaltung sehen. Die Amtsverschwiegenheit obliegt daher den Ratsmitgliedern auch gegenüber jedem Dritten¹⁶⁴⁾ als Amtspflicht. Wenn Ratsmitgliedern in Ausübung ihres Amtes sachliche oder persönliche Angelegenheiten von Bürgern bekannt werden, an deren Geheimhaltung diese ein Interesse haben, müssen die Ratsmitglieder darüber schweigen. Auch nach Ablauf der Amtszeit bleibt die Verschwiegenheitspflicht bestehen (§ 22 Abs. 1 S. 3 nwGO).

Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht ist in § 22 nwGO klar umrissen. Einer Klärung bedarf es nur, wann die Geheimhaltung "ihrer Natur nach erforderlich" ist. Die Formulierung des Reichsgerichts¹⁶⁵⁾, ihrer Natur nach seien alle Vorgänge geheimzuhalten, "deren Mitteilung den staatlichen Zwecken, der Förderung des Allgemeinwohls und des Wohles der Einzelnen widerspricht, das Vertrauen zu den Behörden und Beamten beeinträchtigen kann, die Interessen der mit ihnen in Verkehr Tretenden gefährdet", ist zu allgemein, um den Begriff eindeutig und abschließend zu umschreiben. Was seiner Natur nach geheimzuhalten ist, läßt sich nur beispielhaft erläutern¹⁶⁶⁾. Es gehören hierzu insbesondere Personalangelegenheiten, Liegenschaftssachen, in Vorbereitung befindliche interne Gemeindeangelegenheiten, nicht dagegen offenkundige Tatsachen. Offenkundig ist eine Tatsache nicht schon dadurch, daß ein größerer Interessenkreis sie als "offenes Geheimnis" kennt, sondern Offenkundigkeit liegt nur vor, wenn regelmäßig jeder verständige Mensch Kenntnis hat

163) MUNTZKE-SCHLEMPF, heGO, Erl. I zu § 24; AREND, a. a. O. S. 103.

164) So auch für das Beamtenrecht RGZ 87, 419 (420); 88, 171 (172);
FISCHBACH, BBG, 2. Aufl. Anm. C 8 b zu § 78.

165) RGSt 41, 11.

166) FECHTRUP, Sachkundige Bürger, S. 73.

oder sich aus zuverlässiger Quelle mit erlaubten Mitteln unterrichten kann ¹⁶⁷⁾. Ist es zweifelhaft, ob eine Angelegenheit ihrer Natur nach geheimzuhalten ist, wird es zweckmäßig sein, daß der Gemeinderat vorher deren Geheimhaltung beschließt.

In der Literatur vertreten einige Autoren die Auffassung, die Ratsmitglieder seien in geringerem Maße der Amtsverschwiegenheit unterworfen als die Beamten ¹⁶⁸⁾. Hiergegen wendet sich das Oberverwaltungsgericht Münster ¹⁶⁹⁾. Die Übereinstimmung des § 20 nwGO mit den entsprechenden Vorschriften des Reichsbeamtengesetzes und des Deutschen Beamtengesetzes rechtfertige es, die Verschwiegenheitspflicht der Ratsmitglieder ebensoweit zu erstrecken, wie sie nach den genannten älteren Beamtenetzen bestanden habe; nach § 24 rev.DGO seien die zu ehrenamtlicher Tätigkeit bestellten Einwohner "wie ein Gemeindebeamter zur Verschwiegenheit verpflichtet" gewesen. Dieser Entscheidung ist zuzustimmen.

Die Amtsverschwiegenheit ist also eine Amtspflicht der Ratsmitglieder Dritten gegenüber. Wird die Amtsverschwiegenheit in Ausübung öffentlicher Gewalt verletzt, so kann eine Schadenersatzpflicht nach Art. 34 GG, 839 BGB begründet sein ¹⁷⁰⁾.

ee) Neben diesen hier näher erläuterten Amtspflichten der Ratsmitglieder gibt es eine ganze Reihe von Amtspflichten, die nicht ausdrücklich durch die Gemeindeordnung den Ratsmitgliedern auferlegt sind, sondern die sich aus der Verwaltungstätigkeit der Ratsmitglieder ergeben und ihren Ursprung in allgemeinen Vorschriften und Rechtsgedanken haben ¹⁷¹⁾. Zu dieser Art von Amtspflichten gehören die obengenannten allgemeinen Sorgfaltspflichten bei der Amtsausübung. Als weitere Beispiele seien genannt: die Pflicht, Ermessensentscheidungen nach sachlichen Ge-

167) OVG Münster AS Bd. 16 S. 134.

168) DROST, Gemeinderecht, in Kom. pol. Bl. 1957 S. 592; PAUL, Amtsverschwiegenheit, in SKV 1958 S. 6.

169) OVG Münster AS Bd. 15 S. 64 (71) = KOTTENBERG-STEFFENS, RSp. Entsch. Nr. 2 zu § 22.

170) KUNZE-SCHMID, bwGO, Erl. II 2 zu § 17; MUNTZKE-SCHLEMPPEGO, Erl. V zu § 24; FECHTRUP, a.a.O. S. 78; AREND, Verschwiegenheitspflicht, in SKV 1957 S. 105.

171) Zu diesen allgemeinen Amtspflichten vgl. insbesondere BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 41 zu § 839 mit zahlreichen Beispielen.

sichtspunkten zu treffen, - (willkürlicher) Mißbrauch des Ermessens ist Amtspflichtverletzung einem Dritten gegenüber¹⁷²⁾. Die Grenzen der Zuständigkeit nicht zu überschreiten, ist nach der Rechtsprechung des RG eine Amtspflicht, die den Amtsträgern gegenüber jedem Dritten obliegt¹⁷³⁾. Die Ratsmitglieder haben ihr Amt sachlich und im Einklang mit den Forderungen von Treu und Glauben und guter Sitte auszuüben. Verstöße hiergegen sind Amtspflichtverletzungen. Die Pflicht, sich jeden solchen Mißbrauchs zu enthalten, obliegt ihnen gegenüber jedem Dritten, der durch den Mißbrauch geschädigt werden könnte¹⁷⁴⁾. Die Ratsmitglieder haben weiter jedem Dritten gegenüber die Amtspflicht, ihr Amt so auszuüben, daß dadurch niemand in seinen nach § 823 ff BGB geschützten Rechtsgütern beeinträchtigt oder verletzt wird. Verwirklichung eines Tatbestandes des § 823 BGB in Ausübung öffentlicher Gewalt ist Amtspflichtverletzung¹⁷⁵⁾.

d) Formen der Amtspflichtverletzung

Eine Amtspflichtverletzung der Gemeinderatsmitglieder ist in zwei Formen denkbar, einmal im Zusammenhang mit der Beschlußfassung im Rat oder in einem Ausschuß, zum anderen durch ein einzelnes Ratsmitglied allein außerhalb der Tätigkeit im Rat.

1) Da der Gemeinderat ein Kollegium ist, muß unterschieden werden zwischen der Rechtswidrigkeit des Kollegialaktes und der persönlichen Pflichtwidrigkeit im Verhalten der einzelnen Ratsmitglieder, die an dem Zustandekommen der Kollegialentscheidung mitgewirkt haben. Die rechtswidrige Entscheidung stiftet den Schaden bei einem außenstehenden Dritten. Diese Entscheidung beruht aber auf der Erfüllung der drei Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Willensaktes eines Kollegiums:

172) RGZ 140, 423 (430); 146, 369 (375); BGHZ 22, 258 (263) mit weiteren Nachweisen = DVBl 1957 S. 424 mit Anm. von BARING; vgl. hierzu insbesondere BETTERMANN, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte, III 2 S. 779 (843).

173) Vgl. die oben S. 45 Anm. 134 genannten Entscheidungen; ablehnend hierzu FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl. S. 283.

174) RGZ 154, 201 = JW 1937, 2048.

175) RGZ 154, 117 (123); 155, 257 (267); BGHZ 32, 145 (149); vgl. insbesondere BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 41 zu § 839.

der Willensbildung der Mitglieder des Kollegiums, der Beschlußfassung durch Abstimmung und der Verlautbarung des Beschlusses. Wenn einzelne Ratsmitglieder bei der Beratung oder Abstimmung im Gemeinderat in einem konkreten Fall pflichtwidrig handeln, aber von der Mehrheit, die pflichtgemäß handelt, überstimmt werden, so ist der zustandegekommene Beschluß rechtmäßig. Die Pflichtwidrigkeit der einzelnen Ratsmitglieder ist für den Beschluß nicht kausal geworden. Die Pflichtwidrigkeit dieser einzelnen Ratsmitglieder ist im Verhältnis zu einem von dem Beschluß betroffenen außenstehenden Dritten unerheblich. Wenn durch diesen Beschluß in das Vermögen eines Dritten eingegriffen wird, kann sich dieser Dritte nicht auf eine Amtspflichtverletzung der pflichtwidrig handelnden Ratsmitglieder berufen.

Anders ist die Lage, wenn die Mehrheit der Ratsmitglieder für einen rechtswidrigen Beschluß stimmt und durch diesen Beschluß ein Dritter geschädigt wird. Diejenigen Ratsmitglieder, die an der Beratung und Beschlußfassung teilgenommen haben, aber gegen den Beschluß gestimmt haben, handeln persönlich nicht pflichtwidrig, auch wenn der Beschluß objektiv rechtswidrig ist. Dagegen handeln die Ratsmitglieder persönlich pflichtwidrig, die durch eine Amtspflichtverletzung das Zustandekommen des rechtswidrigen Beschlusses, sei es durch die Beratung oder nur durch ihre Zustimmung herbeigeführt haben. Ihr Verhalten ist dann für die Schädigung des Dritten kausal. Es muß also eine doppelte Kausalität vorliegen; durch das Verhalten der Ratsmitglieder muß eine objektiv rechtswidrige Entscheidung zustandegekommen sein ¹⁷⁶⁾, und diese Entscheidung muß ursächlich für den entstandenen Schaden sein.

Es ist auch möglich, daß die Stimmenthaltung einiger Ratsmitglieder für einen rechtswidrigen Beschluß des Gemeinderates kausal war. Diese Ratsmitglieder haften nicht, weil es eine Amtspflicht, für oder gegen einen Beschluß zu stimmen, nicht gibt. Nach allgemeinen parlamentarischen Grundsätzen stehen den Ratsmitgliedern als Mitgliedern eines parlamentarisch organisierten Gremiums bei Abstimmungen drei Verhal-

176) Bei der Feststellung der Mitwirkung der einzelnen Ratsmitglieder ergeben sich aus dem Kollegialprinzip Schwierigkeiten, die auf S. 41 ff behandelt worden sind.

tensweisen offen: Zustimmung, Ablehnung und Stimmenthaltung. Eine dem Art. 48 Abs. 1 S. 2 bayGO entsprechende Vorschrift, die den Ratsmitgliedern in Bayern die Stimmenthaltung untersagt, gibt es in der nwGO nicht. Vielmehr wird in § 35 Abs. 3 nwGO die Stimmenthaltung als zulässig vor-
ausgesetzt. Die Ratsmitglieder, die sich bei einer Abstimmung der Stimme enthalten, handeln daher nicht pflichtwidrig.

2) Eine Drittschädigung ist auch durch die Amtspflichtverletzung nur eines Ratsmitgliedes möglich, wenn es sich um eine Amtspflicht handelt, die sich nicht notwendigerweise auf die Teilnahme an der Willensbildung im Rat bezieht. Es wird sich dann meistens um eine Unterlassungspflicht handeln. Ein typisches Beispiel ist die Verletzung der Schweigepflicht durch ein Ratsmitglied, das eine der Schweigepflicht unterliegende Angelegenheit weiterträgt und dadurch einem Außenstehenden, in dessen Interesse gerade die Geheimhaltung lag, einen Schaden zufügt. Eine Haftung aus Art. 34 GG setzt, wie dargelegt, (S. 56) voraus, daß sich die Schweigepflicht aus einer öffentlich-rechtlichen Angelegenheit ergibt.

IV. Verschulden

Die Amtshaftung aus Art. 34 GG ist durch ihre Verknüpfung mit § 839 BGB ihrem Wesen nach eine deliktische Haftung. Da Voraussetzung für eine Haftung aus § 839 BGB eine vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzung ist, tritt die Haftung nach Art. 34 GG nur für eine schuldhaft begangene Amtspflichtverletzung eines Amtsträgers ein. Eine Amtspflichtverletzung durch Gemeinderatsmitglieder muß daher von diesen vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein. Neben Vorsatz genügt jede Art von Fahrlässigkeit¹⁷⁷⁾. Der Fahrlässigkeitsbegriff ist aus dem bürgerlichen Recht (§§ 276, 827 BGB) zu entnehmen¹⁷⁸⁾.

Es läge nahe, bei der Beurteilung von Amtspflichtverletzungen durch Ratsmitglieder hinsichtlich des Verschuldens weniger strenge Anforder-

177) RGZ 51, 186 (191); 75, 230 (233); 85, 64 (72); 107, 118 (120).

178) Zu Fragen des Verschuldens im Rahmen der Amtshaftung vgl. BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 45-49 zu § 839.

rungen zu stellen, da sie zumeist als Laien nur geringe Kenntnisse in rechtlichen Dingen haben, die für die heutigen komplizierten Verwaltungsaufgaben einer Gemeinde nicht ausreichen. Wenn auch die Rechtsprechung hinsichtlich der Verantwortlichkeit bei rechtsunkundigen, ehrenamtlichen Amtsträgern geringere Anforderungen stellt als bei Berufsbeamten ¹⁷⁹⁾, so hat sie doch auch den Grundsatz aufgestellt, daß es für das Verschulden im Sinne einer Fahrlässigkeit nicht maßgeblich ist, welche Kenntnisse und Einsichten ein Amtsträger hat, sondern welche Kenntnisse und Einsichten für die Führung des von ihm übernommenen Amtes erforderlich sind ¹⁸⁰⁾. Dieser Grundsatz muß auch für die Ratsmitglieder gelten ¹⁸¹⁾. Der Bürger darf hinsichtlich eines Schadenersatzanspruches nicht dadurch schlechter gestellt werden, daß zwar dem Gemeinderat durch die Gemeindeordnung Verwaltungsbefugnisse übertragen worden sind, aber an die Ratsmitglieder hinsichtlich ihrer haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit geringere Anforderungen als an Berufsbeamte gestellt werden. Die mittelbare Teilnahme der Bürgerschaft an der Verwaltung wäre damit allzu teuer erkaufte.

Wenn ein Bürger das Amt eines Gemeinderatsmitgliedes übernimmt, muß er soviel Verantwortungsbewußtsein haben, daß er sich die dafür notwendigen Kenntnisse aneignet und sich über seine besonderen Pflichten informiert. Dies ist in mannigfacher Weise möglich. Es gibt zum Beispiel zahlreiche kommunale Zeitschriften, die sich die Unterrichtung der Ratsmitglieder zur besonderen Aufgabe gemacht haben. Da im übrigen die Beschlüsse des Rates vom Gemeindedirektor vorbereitet werden (§ 47 nWGO) und an den Sitzungen des Rates der Gemeindedirektor oder die Beigeord-

179) Vgl. die bei KAYSER-LEISS, Amtshaftung, Nr. 594-600 und 1260-1264 zitierten Entscheidungen.

180) RGZ 156, 34 (51); BGH Urt. v. 13. 5. 1954 in KAYSER-LEISS, Amtshaftung, Nr. 536.

Vgl. RGZ 126, 362 (363): "Denn wer ein Amt übernimmt, muß im allgemeinen die zu seiner Ausübung erforderlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen besitzen."

181) Der BGH wiederholt in der bei KAYSER-LEISS, Amtshaftung, Nr. 536 abgedruckten Entscheidung den obengenannten Grundsatz im Zusammenhang mit den Amtspflichten eines Stadtausschusses. Der BGH verlangt im Urt. v. 6. 12. 1951, abgedruckt bei KAYSER-LEISS, Amtshaftung, Nr. 558, für den rechtsunkundigen Leiter eines Gemeindefachausschusses, daß er sich sorgfältig informiert und sich evtl. von rechtskundigen Personen beraten läßt.

neten teilnehmen (§ 48 nwGO), darf eine pflichtgemäß einwandfreie Unter-
richtung vorausgesetzt werden.

V. Schaden

Ein Amtshaftungsanspruch hat zur weiteren Voraussetzung, daß ein Scha-
den entstanden ist. Schaden im Rechtssinne ist die Differenz zwischen der
gegenwärtigen Güterlage und der Lage, welche ohne das schädigende Er-
eignis gegeben sein würde¹⁸²⁾.

Für die Amtshaftung der Ratsmitglieder bringt die Haftungs vorausset-
zung keine Besonderheiten.

VI. Kausalität

a) Doppelte Kausalität

Zwischen der Amtspflichtverletzung und dem Schaden muß ein ursächli-
cher Zusammenhang bestehen. Bei der Erörterung der möglichen Formen
von Amtspflichtverletzungen durch Ratsmitglieder ist schon darauf hinge-
wiesen worden, daß bei schadenstiftenden rechtswidrigen Rats- oder Aus-
schußentscheidungen eine doppelte Kausalität vorliegen muß. Die Amts-
pflichtverletzung muß für die Entscheidung und diese ihrerseits für den
Schaden kausal sein. Für die Prüfung dieses doppelten Ursachenzusam-
menhangs gelten die schuldrechtlichen Grundsätze des adäquaten Kausal-
zusammenhangs. "Die Amtspflichtverletzung muß eine (nicht die) Bedin-
gung für den Eintritt des Schadens sein, ist also für ihn nur dann ursäch-
lich, wenn er nicht eingetreten wäre, wenn die Amtspflichtverletzung nicht
begangen worden wäre, oder anders, wenn das schuldhafte Verhalten im
allgemeinen und nicht unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen
und deshalb nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht

182) ERMANN, BGB 3. Aufl. Bem. 2 zu § 249; BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm.
2-6 zu § 249; vgl. auch KAYSER-LEISS, Amtshaftung S. 36. Über die
Arten des in Frage kommenden Schadenersatzes vgl. unten S. 79.

bleibenden Umständen zur Herbeiführung des Erfolges geeignet war.¹⁸³⁾ Es ist nicht notwendig, daß die Amtspflichtverletzung die einzige Ursache des Schadenseintrittes ist¹⁸⁴⁾, es genügt, daß sie eine mitwirkende Ursache ist.

b) Zurechenbarkeit der schadenstiftenden Verwaltungsakte

Bedenken gegen das Bestehen einer Kausalität von Amtspflichtverletzungen der Ratsmitglieder für einen schadenstiftenden Verwaltungsakt können sich daraus ergeben, daß der Rat einen Verwaltungsakt nicht selbst ausführt, sondern sich hierzu des Gemeindedirektors bedienen muß (§ 47 nwGO). Grundvoraussetzung für die Wirksamkeit eines Verwaltungsakts ist aber dessen Bekanntgabe, vorher ist der Verwaltungsakt noch nicht "ergangen"¹⁸⁵⁾. Außerlich scheint daher ein vom Gemeindedirektor ausgeführter Verwaltungsakt diesem zuzurechnen zu sein. Diese Zurechenbarkeit besteht aber nur bei oberflächlicher Betrachtung.

Der Verwaltungsakt ist dem Gemeinderat zuzurechnen, weil der Beschluß des Rates, als ein sich nach außen richtender Kollegialakt, nach der Bekanntgabe alle Merkmale des unmittelbar wirkenden Verwaltungsakts aufweist. Wenn mehrere Faktoren zur Wirksamkeit eines Verwaltungsakts erforderlich sind, so ist er dort als erlassen anzusehen, wo das Schwergewicht seines Zustandekommens liegt¹⁸⁶⁾. Da der Gemeindedirektor die Bekanntgabe des vom Rat beschlossenen Verwaltungsakts "im Auftrage des Rates" vornehmen muß und ein schriftlicher Verwaltungsakt das erlassende Organ bzw. die Behörde erkennen lassen muß, ist auch äußerlich festzustellen, daß der Gemeinderat den Verwaltungsakt erlassen hat.

183) KAYSER-LEISS, Amtshaftung, S. 38; RGZ 81, 359 (360); 115, 153 (155); 133, 126 (127); 135, 147 (154); BGHZ 2, 138 = NJW 1951 S. 711.

184) RG in "Recht" 1910 Nr. 712.

185) Vgl. BGHZ 4, 10 (20) mit Nachweisen; OVG Münster Urt. v. 22. 2. 1952 in DVBl 1952 S. 534; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO, 3. Aufl. Randnote 8 zu Anh. § 42; FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl. S. 218; Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 51 II d; vgl. auch § 50 I; v. TUREGG-KRAUS, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. S. 130.

186) BVerwGE 6, 328 (330) = NJW 1959, S. 404.

Auf den Inhalt des Verwaltungsakts hat der Gemeindedirektor nur insoweit einen Einfluß, als er nach § 47 Abs. 1 S. 1 nwGO die Ratsbeschlüsse vorbereiten muß; hat der Rat aber einmal einen Verwaltungsakt beschlossen, so muß der Gemeindedirektor ihn so bekanntgeben, wie ihn der Rat beschlossen hat.

Auch durch die Beanstandung eines rechtswidrigen Beschlusses durch den Gemeindedirektor (§ 29 Abs. 2 nwGO) wird der Verwaltungsakt nicht geändert. Die Beanstandung durch den Gemeindedirektor hat nur aufschiebende Wirkung (§ 39 Abs. 2 S. 2 nwGO), d. h. sie hemmt die Ausführung des Ratsbeschlusses, bis der Rat den Beschluß ändert oder die Aufsichtsbehörde entscheidet (§§ 39 Abs. 2 S. 4 u. 5, 108 Abs. 1 nwGO).

c) Unterbrechung der Kausalität

1) Die Kausalität von Amtspflichtverletzungen der Ratsmitglieder wird nicht dadurch unterbrochen, daß der Bürgermeister nicht sein Recht wahrnimmt, Ratsbeschlüsse, die das Wohl der Gemeinde gefährden, zu widersprechen (§ 39 Abs. 1 nwGO). Diese Vorschrift kommt hier nur insoweit infrage, als ein Ratsbeschluß das geltende Recht verletzt. Die daraus möglicher Weise entstehenden Amtshaftungsansprüche Dritter, können wegen ihrer finanziellen Belastung das Wohl der Gemeinde gefährden. Es handelt sich aber bei § 39 Abs. 1 nwGO um eine Kannbestimmung, die die Einlegung des Widerspruchs in das pflichtgemäße Ermessen des Bürgermeisters stellt. Daher liegt keine Amtspflichtverletzung des Bürgermeisters vor, wenn er einem Ratsbeschluß, der einen Amtshaftungsanspruch eines Dritten begründet, nicht widerspricht.

2) Auch die Verletzung der P f l i c h t des Gemeindedirektors, Ratsbeschlüsse zu beanstanden (§ 39 Abs. 2 nwGO), die das geltende Recht verletzen, unterbricht nicht die Kausalität der Amtspflichtverletzung der Ratsmitglieder für den durch den rechtswidrigen Beschluß verursachten Schaden.

Die Beanstandungspflicht des Gemeindedirektors ist eine Amtspflicht, die nicht nur gegenüber der Gemeinde, sondern auch gegen Dritte besteht. Grundsätzlich ist ihre schuldhafte Verletzung geeignet, eine Amtshaftung zu begründen. Aber selbst wenn der Gemeindedirektor einen rechtswidrigen Beschluß des Rates nicht beanstandet und dadurch eine

neue Bedingung für den Schaden gesetzt hat, wird der Ursachenzusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung der Ratsmitglieder und dem Schaden nicht unterbrochen.

Eine Unterbrechung des Ursachenzusammenhanges ist dann möglich, wenn die durch die Amtspflichtverletzung ausgelöste Ursache zu dem schädigenden Erfolg nicht beigetragen hat, weil sie durch das Dazwischentreten neuer Ursachen nicht zur Entwicklung kam, d. h. wenn die spätere Amtspflichtverletzung den Erfolg auch allein herbeigeführt hätte und sie außerdem von der ersten ganz unabhängig eingetreten ist. Es ist anerkannten Rechts, daß ein Ursachenzusammenhang nicht schlechthin durch eine selbständige und auf frewilligem Entschluß beruhende Handlung eines Dritten ausgeschlossen wird¹⁸⁷⁾. Nur dann entfällt die Ursächlichkeit des ersten Umstandes, wenn dieser für die Auslösung des zweiten Umstandes völlig unerheblich und indifferent gewesen ist¹⁸⁸⁾.

Es besteht auch dann zwischen der Amtspflichtverletzung eines Amtsträgers und dem eingetretenen Schaden ein ursächlicher Zusammenhang, wenn die erste Amtspflichtverletzung nur infolge einer hinzutretenden Amtspflichtverletzung eines anderen Amtsträgers den Schaden zur Folge hat. Dies gilt mindestens für den Fall, daß es ohne die erste Amtspflichtverletzung gar nicht zu der Amtspflichtverletzung des anderen Amtsträgers gekommen wäre¹⁸⁹⁾. Dies ist aber gerade hier der Fall. Hätten die Ratsmitglieder ihre Amtspflicht nicht verletzt, so wäre überhaupt kein rechtswidriger Beschluß zustandegekommen. Ohne einen rechtswidrigen Beschluß wird die Beanstandungspflicht des Gemeindedirektors nicht ausgelöst. Es hätte daher gar kein Schaden entstehen können.

Die Frage, ob ein Ursachenzusammenhang unterbrochen worden ist, bestimmt sich somit allein danach, ob der spätere Eingriff durch die seit dem ersten Eingriff bestehenden Umstände adäquat verursacht worden ist oder nicht.

187) BGHZ 12, 206 (211); ENNECCERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. § 15 III 3-5 S. 68 ff; ESSER, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Aufl. § 60, 9 S. 241 f.

188) RGZ 145, 199 (203 f) = JW 1934 S. 3277; RG in Warn 1933 Nr. 182; RG in HRR 1936 Nr. 917; BGHZ 12, 206 (211); 17, 153 (159) = NJW 1955 S. 988.

189) RGZ 142, 383 (388 f) = JW 1934 S. 558.

VII. Rechtswidrigkeit

Eine weitere Voraussetzung für einen Amtshaftungsanspruch ist die Rechtswidrigkeit der Amtspflichtverletzung. Ausnahmsweise kann trotz einer Amtspflichtverletzung im Einzelfall die Amtshaftung entfallen, wenn durch Rechtfertigungsgründe die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen wird. Die gesetzlichen und die in Literatur und Rechtsprechung¹⁹⁰⁾ entwickelten Rechtfertigungsgründe werden bei Ratsmitgliedern wegen der Art ihrer Tätigkeit nur selten gegeben sein. Es ist aber der Fall denkbar, daß Ratsmitglieder durch Verletzung ihrer Schweigepflicht eine Amtspflichtverletzung begangen haben, diese aber nicht rechtswidrig ist, weil die Ratsmitglieder die Schweigepflicht in Wahrnehmung berechtigter Interessen gebrochen haben. Nicht das eigene Interesse der Ratsmitglieder rechtfertigt eine solche Amtspflichtverletzung, sondern nur ein berechtigtes Interesse der Gemeinde. Im übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze dieses Rechtfertigungsgrundes¹⁹¹⁾.

§ 6 Die haftende Körperschaft

I. Anstellungs- und Funktionstheorie

Die Frage, welche Körperschaft bei der Amtspflichtverletzung eines Amtsträgers die Haftung übernimmt, scheint sich aus dem Wortlaut des Art. 34 GG ohne Schwierigkeiten zu ergeben, da hiernach die Verantwortlichkeit, d. h. die Verpflichtung zum Schadenersatz, den Staat oder die Körperschaft trifft, in deren Dienst der Amtsträger steht. Doch hat in der neueren Literatur zum Amtshaftungsrecht gerade diese Frage zu lebhaften Auseinandersetzungen geführt¹⁹²⁾. Das Reichsgericht, dem

190) KAYSER-LEISS, Amtshaftung, S. 41 ff; vgl. auch BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 109 zu § 839.

191) RGZ 115, 74 (80); ERMAN-DREES, BGB, 3. Aufl. Bem. 10 e zu § 823; KAYSER-LEISS, Amtshaftung, S. 49 f.

192) Vgl. die Zusammenstellung und Auseinandersetzungen mit den Meinungen bei GÜTZKOW, Amtshaftung, in DÖV 1953 S. 289 (290 ff); FISCHBACH, BBG, 2. Aufl. Anm. C 3 zu § 78.

sich der BGH anschließt, hat in ständiger Rechtsprechung¹⁹³⁾ den Grundsatz vertreten und daran festgehalten, daß der Dienstherr ersatzpflichtig ist, in dessen Dienst der Amtsträger steht oder für dessen Dienst er ernannt ist. Entscheidend sei der Anstellungsakt, unerheblich sei es, wessen Aufgaben der Amtsträger im Einzelfall (zum Beispiel Auftrags- oder Selbstverwaltungsangelegenheiten durch Gemeindebeamte) wahrgenommen habe (Anstellungstheorie).

Dieser Anstellungstheorie steht die Organ- oder Funktionstheorie gegenüber. Nach ihr soll diejenige Körperschaft haften, deren Aufgaben der Amtsträger wahrgenommen hat, als er die Amtspflichtverletzung beging¹⁹⁴⁾.

a) Die Anstellungstheorie bei Amtspflichtverletzung von Ratsmitgliedern

Bei dem Versuch, mit Hilfe der Anstellungstheorie die haftende Körperschaft für Amtspflichtverletzungen der Gemeinderatsmitglieder zu bestimmen, treten Schwierigkeiten auf. Es fehlt an einer Anstellungskörperschaft, da die Ratsmitglieder zu ihrer Gemeinde weder in einem Dienst- noch Anstellungsverhältnis stehen. Sie haben ein besonderes Amtsverhältnis zur Gemeinde.

Dieses Problem einer fehlenden Anstellungskörperschaft tauchte zum ersten Mal bei den revolutionären Arbeiter- und Soldatenräten nach dem ersten Weltkrieg auf. Diese Arbeiter- und Soldatenräte waren von keiner Stelle zu Beamten ernannt worden, sondern hatten sich die Befugnis zur Ausübung öffentlicher Gewalt selbst beigelegt. Die haftende Körperschaft konnte daher nicht nach dem sonst maßgeblichen Anstellungsakt bestimmt werden, sondern es mußte ihre Haftung davon abhängig gemacht werden, als

193) RGZ 111, 13 (14); 125, 11 (12 f); 126, 81 (83); 129, 303 (306); 139, 296 (298); 137, 38 (39); 140, 126 (127); 142, 190 (194 f); 152, 385 (389); 168, 214 (218); 170, 333 (336 f); BGHZ 2, 350 ff; 6, 215 (217 ff); BGH Urt. v. 31. 1. 52 in NJW 1952 S. 621; Urt. v. 24. 3. 55 in DÖV 1955 S. 554 = DVB1 1955 S. 329; BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 13 zu § 839.

194) ANSCHÜTZ, Verfassung, 14. Aufl. S. 611, 670; GIESE, Verfassung, Anm. 3 zu Art. 131; JESS, in BK, Erl. II 7 zu Art. 34; W. KAYSER, Ah-stellungs- oder Funktionstheorie, in NJW 1951 S. 95; NJW 1952 S. 377 (Anm. zu BGH Urt. v. 21. 6. 1951); SCHROER, Amtshaftung, in JZ 1952 S. 129.

wessen Organ sie im Einzelfall tätig geworden waren bzw. zu wessen Geschäftsbereich im Einzelfall die verletzte Amtspflicht gehörte ¹⁹⁵⁾. Auch in dem Fall des hoheitliche Gewalt ausübenden, aber von einer privaten Personenvereinigung angestellten Feldhüters ¹⁹⁶⁾, der ebenfalls in keinem Anstellungsverhältnis zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stand, hat das Reichsgericht entschieden, daß diejenige Körperschaft für seine Amtspflichtverletzung haftet, die ihn mit öffentlicher Gewalt beliehen hat.

Das RG und der BGH haben in ständiger Rechtsprechung ¹⁹⁷⁾ den Grundsatz entwickelt, daß in den Fällen, in denen es an einem Anstellungsverhältnis zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft fehlt, für einen Amtsträger diejenige Körperschaft eintreten muß, die ihn mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet und damit zum Beamten im haftungsrechtlichen Sinne gemacht hat. Auf die Ratsmitglieder angewandt hat dieser Grundsatz zur Folge, daß die Gemeinde für die Amtspflichtverletzungen ihrer Ratsmitglieder haftet.

Die Befugnis, öffentliche Gewalt auszuüben, wird den Ratsmitgliedern zwar nicht von der Gemeinde als öffentlich-rechtlicher Körperschaft übertragen, sondern die Befugnis öffentliche Gewalt auszuüben, - die charakteristisch und ursprünglich in der Rechtsstellung der Ratsmitglieder begründet liegt, - erlangen die einzelnen Ratsmitglieder auf Grund ihrer Wahl durch die Bürgerschaft und die Annahme der Wahl, ohne daß es noch eines besonderen äußeren Akts der Amtsübertragung bedürfte. Aber nach dem Willen der Gemeindeordnung ist die Bürgerschaft ja gerade dazu berufen, sich die Männer und Frauen zu erwählen, die für sie die Verwaltung ausüben sollen. Nach § 1 Abs. 1 S. 2 nwGO sollen sich die Gemeinden "in freier Selbstverwaltung durch ihre von der Bürgerschaft gewählten Organe" regieren. In den §§ 7 und 27 nwGO hat der Gesetzgeber daher ausdrücklich festgelegt, daß die Verwaltung der Gemeinde ausschließlich durch den Willen der Bürgerschaft bestimmt und daß diese durch den Rat vertreten wird, der aus den von der Bürgerschaft gewählten Ratsmitgliedern besteht. Nach dem Willen der Gemeindeordnung werden also die Bürger f ü r die Gemeinde tä-

195) RGZ 104, 257 (263); 125, 11 (16).

196) RGZ 142, 190 (196).

197) Vgl. BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 15 zu § 839.

tig, indem sie der Gemeinde das oberste Gemeindeorgan durch die Wahl bestellen. Die Gemeinde haftet dann für die Amtspflichtverletzungen der Ratsmitglieder, weil diese im Gemeinderat die der Gemeinde als öffentliches Gemeinwesen eigene öffentliche Gewalt ausüben.

Betrachtet man die Gründe, die für die Anstellungstheorie ins Feld geführt werden, so könnten sich gegen die Haftung der Gemeinde Bedenken ergeben. Denn zur Begründung der Anstellungstheorie führt der Bundesgerichtshof¹⁹⁸⁾ aus, daß die Anstellungskörperschaft allein in der Lage sei und auch die Aufgabe habe, einen solchen Angestellten mit der gebotenen Sorgfalt auszuwählen, ihn laufend zu überwachen, ihm gegebenenfalls eine andere Tätigkeit zu übertragen oder ihn zu entlassen. Aus der Sicht der haftenden Gemeinde könnte daher eingewendet werden, daß sie unter Umständen für Personen haften muß, die sie weder anstellen noch disziplinarrechtlich beaufsichtigen oder gar entlassen kann. Das ist insoweit richtig, als die Gemeinde als juristische Körperschaft weder einen Einfluß auf die Gemeinderatswahlen noch irgendwelche Aufsichts- oder Disziplinarrechte gegenüber den Ratsmitgliedern hat. Dem steht aber der Grundgedanke der Gemeindeordnung gegenüber, daß die Verwaltung der Gemeinde durch die Bürgerschaft bestimmt werden soll. Dies wird in der Weise verwirklicht, daß die Ratsmitglieder von der Bürgerschaft gewählt werden. Die Bürgerschaft selbst trifft also die Auswahl der Ratsmitglieder und überträgt ihnen ihr Amt. Gegen die Gefahren, die sich aus dieser Art der Amtsübertragung ergeben können, ist die Gemeinde durch die Regreßmöglichkeit des § 30 Abs. 3 nWGO hinreichend geschützt. Für die Gemeinde bedeutet es keine Minderung des Schutzes, daß sie nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit Rückgriff nehmen kann, da auch nach Art. 34 S. 2 GG die haftende Körperschaft nur bei diesen Verschuldensformen auf die Amtsträger zurückgreifen kann. Der Schutz der Gemeinde durch die Rückgriffsmöglichkeit ist daher immer gleich, ob nun die Gemeinde für Amtspflichtverletzungen von Ratsmitgliedern oder von sonstigen Amtsträgern hat eintreten müssen.

Bei Amtspflichtverletzungen der Ratsmitglieder haftet also die Gemeinde, gleichgültig ob die Amtspflichtverletzung bei Erfüllung der eigenen Angele-

198) Vgl. BGHZ 2, 351 (354) = NJW 1951 S. 919.

legenheiten der Kommunalverwaltung (Selbstverwaltungsaufgaben) oder bei Erfüllung der Angelegenheiten der der Gemeinde übertragenen Staatsaufgaben (Auftragsangelegenheiten) begangen worden ist.

b) Die Funktionstheorie bei Amtspflichtverletzungen von Beschlüssausschußmitgliedern

Es entstehen Zweifel, ob die Anstellungstheorie auch in den Fällen anzuwenden ist, in denen ein Ratsmitglied als Mitglied eines Beschlüssausschusses eine Amtspflichtverletzung begangen hat. Nach § 7 des ersten Gesetzes zur Neuordnung und Vereinfachung der Verwaltung vom 23. 7. 1957 (GV NW S. 189) werden Beschlüssausschüsse in den kreisfreien Städten, den amtsfreien Gemeinden und Ämtern mit mindestens 20 000 Einwohnern gebildet. In den Beschlüssausschüssen werden in einem förmlichen Verfahren staatliche Angelegenheiten ¹⁹⁹⁾ im Wege der Institutionsleihe ²⁰⁰⁾ auf Gemeindeebene erledigt. Beschlüsssachen sind keine Auftragsangelegenheiten ²⁰¹⁾. Sie sind aus der allgemeinen Kommunalverwaltung herausgenommen und unterliegen daher nicht dem Rückholrecht des Rates. Die Beschlüssausschüsse sind keine Ratsausschüsse im Sinne des kommunalen Verfassungsrechts ²⁰²⁾, sondern unabhängige staatliche Organe ²⁰³⁾. Dieser besonderen Stellung

199) Hans J. WOLFF, Rechtsstellung, in K. Arnold Festschrift S. 299. Vgl. Anlage 1 zu § 6 Abs. 1 VereinfG: es handelt sich hauptsächlich um Angelegenheiten des Wirtschaftsverwaltungsrechts, insbesondere des Gewerbe-, Wasser-, Fischereirechts und der pr. Ausführungsverordnung zur Fürsorgepflichtverordnung, also Rechtsmaterien, die zu den staatlichen Angelegenheiten gehören.

200) Hans J. WOLFF, a. a. O. S. 299; a. M. HAARMANN, Beschlüssausschüsse, in DVBl 1950 S. 39; v. TUREGG-KRAUS, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. S. 284.

Zum Begriff der Institutionsleihe vgl. Hans J. WOLFF, a. a. O. S. 296 u. S. 297 Anm. 25; verwandt ist der Begriff "Organnutzung" vgl. SCUPIN, Polizeirecht, in KommHdb. Bd. 2 § 88 S. 664.

201) Dieser Meinung ist insbesondere HAARMANN, Beschlüssausschüsse, in DVBl 1950 S. 39; derselbe, Neuregelung, in DVBl 1958 S. 3.

202) KOTTENBERG, nwGO 7. Aufl. Erl. I B 2 zu § 41; BERRES, in Städtetag 1957 S. 498; derselbe, Schlußwort, in Städtetag 1958 S. 104; a. M. RIETDORF, Entgegnung, in Städtetag 1958 S. 101; Landkreistag in LKT-Eildienst 1958 S. 44 ff; nach FRÖHLICH, Entgegnung, in Städtetag 1958 S. 103 sind sie "Ausschüsse besonderer Art".

203) FECHTRUP, Sachkundige Bürger, S. 3; Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 4 I 2.

der Beschlüssausschüsse hat das Vereinfachungsgesetz dadurch Rechnung getragen, daß die Mitglieder des Beschlüssausschusses Ehrenbeamte derjenigen Körperschaft sind, die den Beschlüssausschuß einrichtet (§ 7 Abs. 2 S. 2 VereinfG).

Die Ratsmitglieder in den Beschlüssausschüssen haben eine Doppelstellung; einmal erfüllen sie als Mitglieder des kommunalen Organs "Gemeinderat" kommunale Aufgaben, zum anderen als Mitglieder des staatlichen Organs "Beschlüssausschuß" staatliche Aufgaben. Eine ähnliche Doppelstellung hatte der preußische Landrat inne, da er einerseits die den Kreis betreffenden staatlichen Aufgaben ausführte und andererseits an der Kommunalverwaltung des Kreises beteiligt war. Er war sowohl Beamter des Staates, als auch Beamter des Kreises. Die Frage, welche Körperschaft für eine Amtspflichtverletzung des Landrates haftet, entschied das Reichsgericht dahin, daß der Staat haftet, wenn der Landrat eine Amtspflichtverletzung in seiner Eigenschaft als Staatsbeamter begangen hat und der Kreis, wenn er als Kreisbeamter tätig geworden ist²⁰⁴⁾. In diesem Sonderfall kommt also zur Bestimmung der haftenden Körperschaft die Funktionstheorie zur Anwendung.

Auch in den Landkreisen einiger Bundesländer erfüllen die Landräte und die entsprechenden Amtswalter sowohl kommunale Aufgaben des Kreises als auch staatliche Aufgaben als untere staatliche Verwaltungsbehörden²⁰⁵⁾. In der bayerischen und bad. württ. Landkreisordnung ist in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine ausdrückliche Regelung²⁰⁶⁾

204) RGZ 100, 188 (190); 111, 12 (13); 125, 11 (16); 129, 330 (331); BGH Urt. v. 24. 3. 1955 in DÖV 1955 S. 554 = DVBl 1955 S. 329 = KAYSER-LEISS, Amtshaftung, Nr. 706.

205) Über die Unterschiede, wie die untere Verwaltungsbehörde in den verschiedenen Bundesländern verwaltungsmäßig organisiert ist vgl. Die Landkreisordnungen in der Bundesrepublik, 1960 S. 208 f, herausgegeben von H. G. WORMIT.

206) Vgl. Art. 35 Abs. 3 bayLKO v. 16. 2. 1952 (GVBl. S. 39): "Verletzt der Landrat in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt schuldhaft die ihm einem anderen gegenüber obliegende Amtspflicht, so haftet für die Folgen der Staat, wenn es sich um reine Staatsangelegenheiten handelt. Im übrigen haftet der Landkreis."
§ 46 Abs. 1 und 2 bwLKO v. 10. 10. 1955 (GVBl. S. 207): "Als Leiter der unteren Verwaltungsbehörde ist der Landrat dem Land ... verantwortlich ..."

"Verletzt der Landrat in Ausübung seiner Tätigkeit nach Abs. 1 die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, haftet das Land."

aufgenommen worden, daß für die Bestimmung der haftenden Körperschaft darauf abzustellen ist, in welcher Eigenschaft der Amtswalter gehandelt hat ²⁰⁷⁾.

Da die Ratsmitglieder, soweit sie Beschlüssausschußmitglieder sind, eine ähnliche Doppelstellung haben, scheint sich für die Ratsmitglieder die haftende Körperschaft nach der Funktionstheorie zu bestimmen: Haben sie eine Amtspflichtverletzung in ihrer Tätigkeit als Ratsmitglieder begangen, so haftet die Gemeinde, haben sie in ihrer Tätigkeit im Beschlüssausschuß ihre Amtspflicht verletzt, so haftet das Land.

Bedenken tauchen aber deshalb auf, weil die Ratsmitglieder des Beschlüssausschusses von der Gemeinde zu Ehrenbeamten ernannt werden. Die Gemeinde ist daher die Anstellungskörperschaft der Beschlüssausschußmitglieder. Da die Mitglieder nach den Vorschriften des kommunalen Verfassungsrechts vom Rat gewählt werden (§ 7 Abs. 2 S. 3 VereinfG), trifft die Gemeinde die Auswahl der Ausschußmitglieder, ohne daß der Staat auf die Auswahl einen Einfluß nehmen könnte.

Der BGH hat aber gerade zur inneren Begründung der Anstellungstheorie - (bei ihrer Anwendung auf Angestellte) - ausgeführt, daß die Anstellungskörperschaft allein in der Lage sei und auch die Aufgabe habe, einen solchen Amtsträger mit der gebotenen Sorgfalt auszuwählen, ihn laufend zu überwachen, ihm gegebenenfalls eine andere Tätigkeit zu übertragen oder ihn zu entlassen. Auf diese Weise passe sich die Auslegung dieser öffentlich-rechtlichen Vorschrift auch dem privatrechtlichen Rechtsgedanken an, der in § 831 BGB seinen Ausdruck finde ²⁰⁸⁾. Demgegenüber weist KAYSER ²⁰⁹⁾ unter Berufung auf § 1 Abs. 2 RBHaftG darauf hin, daß der allgemeine Rechtsgrund der Amtshaftung nicht so sehr in einer unterstellten "culpa in eligendo" bei der Anstellung beruht, sondern mehr in einer Gefährdungshaftung.

207) Nach v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl. Anm. III 6 d zu Art. 34, ist eine solche Ausnahmeregelung durch das Wort "grundsätzlich" in Satz 1 des Art. 34 GG gerechtfertigt, durch das in der jetzigen Wortfolge der Ton auf den Nebensatz "in deren Dienst er steht" gelegt wird; Ausnahmen von diesem Grundsatz sind deshalb möglich.

208) BGH Urt. v. 21. 6. 1951 in NJW 1951 S. 919.

209) KAYSER, Anstellungs- oder Funktionstheorie, in NJW 1951 S. 95.

Der vom BGH zur Anstellungstheorie angeführte Gedanke, daß die haftende Körperschaft den betreffenden Amtsträger auszuwählen und zu überwachen habe, ist ein allgemeiner Rechtsgedanke, der auch für die Körperschaft, die nach der Funktionstheorie haften würde, Gültigkeit hat. Der BGH verneint nur, daß der Funktionsträger in der Lage ist, diese Aufgabe wahrzunehmen, da dies allein die Anstellungskörperschaft könne. Es ist daher zu fragen, ob der Staat für Amtspflichtverletzungen der Beschlußausschußmitglieder haftet, obwohl er keinen Einfluß auf ihre Auswahl hat.

Zur Beantwortung dieser Frage kann eine Untersuchung darüber beitragen, ob und gegebenenfalls in welchem Maße der Staat Einfluß auf die Auswahl der Landräte bzw. Oberkreisdirektoren nimmt, für die er ja nach der Funktionstheorie haftet.

In einigen Landkreisordnungen wird der Landesregierung bei der Wahl des Landrates oder des entsprechenden Amtswalters durch die Selbstverwaltungskörperschaft ein Vorschlags- bzw. Mitbestimmungsrecht oder ein Bestätigungsrecht vorbehalten²¹⁰⁾. Wenn diese Einflußnahme auf die Bestellung auch in erster Linie auf dem Gedanken beruht, daß der Staat die Erfüllung seiner Aufgaben nur auf einen solchen Amtsträger übertragen will, der sein Vertrauen genießt, so mag doch auch der Gesichtspunkt eine Rolle spielen, daß der Staat eine Haftung für einen Amtsträger, der staatliche Funktionen ausübt, nur dann übernehmen kann, wenn er durch Auswahl und Beaufsichtigung Einfluß nehmen kann. Doch gibt es auch Beispiele, wonach der Staat einer Einflußmöglichkeit bei der Auswahl selbst begibt. So hat zum Beispiel der Staat bei der Bestellung des bayerischen Landrats keinen Einfluß, er haftet aber nach der ausdrücklichen Vorschrift der LKO (Art. 35 Abs. 3).

Bei der Bestellung der Beschlußausschußmitglieder hat sich das Land dadurch der Einflußnahme auf die Wahl begeben, daß es die Selbstverwaltungskörperschaften im Vereinfachungsgesetz beauftragt, die Beschlußausschüsse in derselben Weise wie die Ratsausschüsse zu bilden. Dies hat auch durchaus seinen praktischen Sinn, denn die Gemeindevertretungen

210) z. B. § 34 Abs. 2 bwLKO; Gemeinsame Kandidatenaufstellung des Innenministers mit dem Kreistag.

wissen am besten, welche Ratsmitglieder für die Arbeit in den Beschlußausschüssen geeignet sind ²¹¹⁾.

In dem Gedanken der Auswahl ist die Auffassung des BGH begründet, daß für einen Amtswalter, der persönlich von einem anderen Gemeinwesen als der anstellenden Körperschaft mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut wird, nur jene Körperschaft haftet ²¹²⁾. Diese Voraussetzung ist aber nach der Meinung des BGH selbst dann noch nicht erfüllt, wenn die auftraggebende Körperschaft die Angelegenheit nicht der Gemeinde, sondern einem bestimmten Kommunalorgan, zum Beispiel dem Bürgermeister, übertragen hat ²¹³⁾.

Dagegen liegt nach Auffassung des BGH ein Fall der persönlichen Beauftragung eines Beamten vor, wenn der Beamte durch die ihm persönlich von dem anderen Gemeinwesen übertragene Aufgabe "aus der Organisation seiner Anstellungskörperschaft und aus deren Behördenapparat völlig herausgelöst und verselbständigt wird" ²¹⁴⁾.

Der Beschlußausschuß hat eine solche verselbständigte Stellung. Er ist nur zum Zweck der Wahrnehmung staatlicher Beschlußsachen eingerichtet. Das Verfahren vor dem Beschlußausschuß richtet sich nach den in dem Vereinfachungsgesetz festgelegten Verfahrensgrundsätzen. Mit der Kommunalverwaltung ist der Beschlußausschuß nur durch die Zurverfügungstellung der sachlichen Mittel verbunden ²¹⁵⁾. Der Hauptgemeindebeamte oder ein von ihm beauftragter Beamter oder Angestellter führt zwar die Geschäfte des Beschlußausschusses (§ 7 Abs. 3 VereinfG), der Beschlußausschuß empfängt

211) Daß die Wahl durch den Gemeinderat kein ausschlaggebendes Kriterium für die Bestimmung der haftenden Körperschaft ist, zeigt das Urteil des BGH vom 11.12.1961 in NJW 1962 S.485. Trotz der Wahl der Schiedsmänner durch den Gemeinderat - die Wahl wird allerdings noch durch den LG-Präsidenten bestätigt - haftet das Land für Amtspflichtverletzungen eines Schiedsmanns.

212) BGH Urt. v. 24.3.1955 in DÖV 1955 S.555.

213) Vgl. die vom BGH in DÖV 1955 S.555 zitierte nicht veröffentlichte BGH-Entscheidung.

214) BGH, a.a.O.

215) Die sachlichen Kosten des Schiedsmanns trägt die Gemeinde, doch haftet das Land für seine Amtspflichtverletzung vgl. BGH Urt.v.11.12.1961 in NJW 1962 S.485.

aber keine Weisungen vom Hauptgemeindebeamten. Er entscheidet nach seiner freien Überzeugung. Der Beschlußausschuß berät und beschließt in nichtöffentlicher Sitzung, an der nur die Beschlußausschußmitglieder teilnehmen dürfen, aber nicht der Hauptgemeindebeamte oder dessen Beauftragter (§ 20 Abs. 1 VereinfG). Die Zurückdrängung des Hauptgemeindebeamten und damit der Verwaltung der Gemeinde ist so stark, daß er nicht einmal ein selbständiges Beanstandungsrecht hat. Verletzt ein Beschluß des Ausschusses das geltende Recht, so hat der Hauptgemeindebeamte dies unverzüglich der Aufsichtsbehörde mitzuteilen (§ 22 Abs. 2 VereinfG). Alle diese einzelnen Merkmale zeigen, daß eine vollständigere Herauslösung aus der Kommunalverwaltung und Verselbständigung, wie es bei den Beschlußausschüssen geschehen ist, wohl kaum denkbar ist.

Wenn auch die Auffassungen über die Rechtsnatur der Beschlußausschüsse auseinandergehen, so stimmen doch alle Autoren darin überein, daß die Beschlußausschüsse eine besondere Stellung innerhalb der allgemeinen Verwaltung haben.

Hans J. WOLFF²¹⁶⁾ verneint die Anwendung der Funktionstheorie bei Amtspflichtverletzungen der Beschlußausschußmitglieder, weil die Funktionstheorie nur dann Platz greifen könne, "wenn der Funktionsträger Einfluß auf den rechtswidrig handelnden Amtswalter hat." Dieselbe Ansicht äußert der BGH, da er die innere Rechtfertigung für die Anwendung der Funktionstheorie bei einer von einer privaten Personenvereinigung angeordneten und vom Staat mit Hoheitsbefugnissen ausgestatteten Person (Feldhüterfall) darin sieht, daß hier die staatliche Behörde, die dieser Person Hoheitsbefugnisse gibt, eine Möglichkeit der Prüfung und Überwachung hat²¹⁷⁾.

Wie oben schon dargelegt, kann eine Einflußnahme bei der Auswahl geltend gemacht werden, sie setzt sich fort in der Beaufsichtigung oder Überwachung des Amtsträgers. Es ist bereits untersucht worden, daß die fehlende Einflußnahme bei der Bestellung der Beschlußausschußmitglieder kein Grund für eine Ablehnung der Anwendung der Funktionstheorie ist.

216) Hans J. WOLFF, Beschlußausschüsse, in K. Arnold - Festschrift 1955 S. 307.

217) BGH Urt. v. 21. 6. 1951 in NJW 1951 S. 919.

Die Prüfung der Frage, wieweit die Beschlüßausschußmitglieder einer Beaufsichtigung unterliegen und wer die Aufsicht führt, kann einen weiteren Hinweis geben, ob das Land oder die Gemeinde für Amtspflichtverletzungen der Beschlüßausschußmitglieder haftet.

Obwohl die Beschlüßausschußmitglieder Ehrenbeamte der Selbstverwaltungskörperschaft sind (§ 7 Abs. 2 S. 3 VereinfG), ist nicht der Hauptgemeindebeamte ihr Dienstvorgesetzter. Schon für die Rechtslage vor Erlaß des VereinfG hat der Innenminister von NW in einem Erlaß ²¹⁸⁾ festgestellt, daß auf die Mitglieder des Kreisausschusses bzw. des nach § 51 nwLKO bestellten Beschlüßausschusses, § 41 nwLKO, wonach der Oberkreisdirektor Dienstvorgesetzter der Beamten des Kreises ist, nicht angewandt werden könne. Das ergebe sich "zwangsläufig aus der verfassungsmäßigen Stellung des Kreisausschusses und des Beschlüßausschusses, die eine Unterordnung der Mitglieder dieser Ausschüsse unter den Oberkreisdirektor, auch soweit sie staatliche Funktionen wahrnehmen, begrifflich" ausschließe. Die Mitglieder dieser Ausschüsse gehören nach Ansicht des Ministers zu den in § 151 Abs. 2 DBG genannten Beamten, die keinen Dienstvorgesetzten haben. In einem späteren Runderlaß ²¹⁹⁾ wird daher angeordnet, daß der Landrat die sonst dem Dienstvorgesetzten obliegende Vereidigung vorzunehmen hat.

Trotz dieser Stellungnahme schließt BERRES ²²⁰⁾ aus § 53 Abs. 2 nwGO - der Gemeindedirektor ist Dienstvorgesetzter der Beamten, Angestellten und Arbeiter -, daß der Gemeindedirektor auch weisungsbefugter Dienstvorgesetzter der Mitglieder des Beschlüßausschusses sei. Diese Auffassung steht im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung im Vereinfachungsgesetz. Durch § 1 Ziff. 21 VereinfG ist die nw Disziplinarordnung dahin erweitert worden, daß Dienstvorgesetzter in Disziplinarsachen gegenüber Beschlüßausschußmitgliedern die Aufsichtsbehörde ist (§§ 32 Abs. 1 Lit c, 116 Abs. 2 Nr. 1 nwDO). Die einem Dienstvorgesetzten neben dieser Hauptaufgabe sonst noch verbleibenden Rechte wie Versetzung, Genehmigung von Neben-

218) Rd. Erl. d. Innenministers v. 6. 11. 1953, MBl NW S. 1985.

219) Rd. Erl. d. Innenministers v. 26. 11. 1953, MBl NW S. 2027.

220) BERRES, Bemerkungen, in Städtetag 1957 S. 499.

tätigkeiten, Arbeitszeitregelungen, Urlaub usw. sind nach § 185 nwLBG auf Ehrenbeamte nicht anwendbar. Die Beschlüßausschußmitglieder unterliegen daher keinerlei Weisungen oder Aufsicht durch die Gemeinde, wohl aber der Dienstaufsicht durch die Aufsichtsbehörde. Es zeigt sich also, daß entgegen der Ansicht von Hans J. WOLFF der Staat durch die Aufsichtsbehörde Einfluß auf seine Amtswalter "Beschlüßausschußmitglieder" nehmen kann. Dem steht auch nicht entgegen, daß die Aufsichtsbehörde dem Ausschuß keine sachlichen Weisungen geben kann, weil der Beschlüßausschuß nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung entscheidet (§ 20 Abs. 3 VereinfG). Auch der Richter entscheidet frei und ist an keine sachliche Weisung gebunden, nur dem Gesetz verantwortlich (Art. 97 GG).

Da zwischen der kommunalen Verwaltung des Rates und seiner Ausschüsse und der staatlichen Verwaltung des Beschlüßausschusses sowohl eine sachliche wie organisatorische Trennung besteht, üben die Ratsmitglieder, die gleichzeitig Beschlüßausschußmitglieder sind, hoheitliche Gewalt für zwei verschiedene Hoheitsträger aus. Anders als bei den staatlichen Pflichtaufgaben ist die Ausübung der Staatsgewalt im Beschlüßausschuß diesem als solchem übertragen und nicht der Gemeinde. Der Beschlüßausschuß ist ein staatliches Organ. Es entstehen daher für die Beschlüßausschußmitglieder zwei getrennte Haftungskreise. Soweit sie als Ratsmitglieder für die Gemeinde tätig werden, haftet diese für ihre Amtspflichtverletzungen, soweit sie im Beschlüßausschuß staatliche Aufgaben wahrnehmen, haftet das Land für ihre Amtspflichtverletzungen ²²¹⁾.

221) Vgl. auch BGH Urt. v. 14. 3. 1960 in VerwRspr Bd. 12 S. 553 Leitsatz: "Überläßt ein staatliches Gesundheitsamt die Überwachung der Termine für die Nachuntersuchung tuberkuloseverdächtiger einer vom Kreissozialamt angestellten Fürsorgerin, die im Rahmen der Tuberkulose-Familienfürsorge sowohl in der dem Landkreis obliegenden Wohlfahrts- und Jugendfürsorge als auch - auf Grund einer Vereinbarung zwischen Kreis und Gesundheitsamt - in der dem Gesundheitsamt obliegenden Gesundheitsfürsorge tätig ist, so haftet für die Folgen einer unrichtigen Vormerkung der Nachuntersuchungstermine der Staat und nicht der Kreis."

II. Umfang der Ersatzpflicht

Wie schon Art. 131 WRV, so enthält auch Art. 34 GG keine Definition über den Umfang der Verantwortlichkeit der haftenden Körperschaft. Nach der Rechtsprechung des RG tritt die Haftung der Körperschaft dem geschädigten Dritten gegenüber an die Stelle der Haftung des Amtsträgers nach § 839 BGB. Die Amtshaftung schließt seine Haftung dem geschädigten Dritten gegenüber völlig aus. Da somit die Amtshaftung grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen und den Grenzen der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften eintritt, kann die haftende Körperschaft für sich dieselben Vorteile in Anspruch nehmen, wie sie dem Amtsträger nach § 839 BGB zugute kommen.²²²⁾

a) Die Haftungsbeschränkung des § 839 Abs. 1 BGB

Haben Ratsmitglieder bei Ausübung hoheitlicher Tätigkeit durch eine Amtspflichtverletzung nur fahrlässig einen Schaden verursacht, so tritt die Haftung der Gemeinde nur ein, "wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag" (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB).

Da in bezug auf die Ratsmitglieder keine Besonderheiten gelten, wird auf die Literatur und Rechtsprechung zum Amtshaftungsrecht verwiesen²²³⁾.

b) Die Haftungsbeschränkungen des § 839 Abs. 3 BGB

Eine Schadenersatzpflicht der Gemeinde für Ratsmitglieder tritt nicht ein, wenn der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den

222) JESS, in BK, Erl. II 8 zu Art. 34; v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl. Anm. II 7 zu Art. 34; aber kritisch hierzu BGHZ 13, 88 (100) und BETTERMANN in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte III 2 S. 779 (837 f).

223) BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 89-98 zu § 839; ERMAN-DREES, BGB, 3. Aufl. Bem. 5 zu § 839; PALANDT-GRAMM, BGB, 21. Aufl. Anm. 7 zu § 839; SOERGEL-SIEBERT, BGB, 9. Aufl. Anm. 22 u. 191-198 zu § 839; STAUDINGER-ENGELMANN, BGB, 9. Aufl. Anm. 7 b zu § 839; KAYSER-LEISS, Amtshaftung, S. 61; BETTERMANN in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte, III 2 S. 779 (837) vertritt die Ansicht, daß das Subsidiaritätsprinzip des Abs. 1 nicht für die Amtshaftung gelte, da diese Vorschrift den Schutz des Beamten bezwecke, der Staat oder der Dienstherr aber einer solchen Schonung nicht bedürfe.

Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839 Abs. 3 BGB) ²²⁴⁾. Für Schadenersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung von Ratsmitgliedern gelten keine Besonderheiten. Es wird auf die Literatur und Rechtsprechung zum Amtshaftungsrecht hingewiesen ²²⁵⁾.

III. Rechtsweg

Das Grundgesetz hat in Art. 34 Satz 3 in Übereinstimmung mit Art. 131 Abs. 1 Satz 3 WRV bestimmt, daß für Amtshaftungsansprüche der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden darf. Unter "ordentlicher Rechtsweg" ist im Grundgesetz der Rechtsweg vor den Zivilgerichten im Sinne des § 12 GVG gemeint ²²⁶⁾. Satz 3 des Art. 34 GG ist unmittelbar geltendes Recht ²²⁷⁾. In Verbindung mit § 839 BGB kommt Art. 34 S. 3 GG einer Zuweisung an die ordentlichen Gerichte gleich. Die Zuständigkeit der Zivilgerichte für Amtshaftungsklagen entspricht einer gerichtlichen Tradition. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ²²⁸⁾ liegt die eigentliche Rechtfertigung für die Zuständigkeit der Zivilgerichte in dem engen Zusammenhang der Amtshaftungsansprüche mit den Anspruchsgrundlagen des Zivilrechts. Seit der Einführung der Generalklausel in die Verwaltungsgerichtsgesetze ist aber die Existenzberechtigung des Satzes 3 des Art. 34 GG umstritten. Unter Hinweis darauf, daß auch die Ansprüche aus Art. 34 ihrer Natur nach öffentlich-rechtliche Ansprüche sind, wird gefolgert, daß wegen des ausgebauten Verwaltungsrechtsweges die prozeßrechtliche Sonderbehandlung dieser Ansprüche in einer Verfassungsnorm ihre Berechtigung verloren

224) BETTERMANN, a. a. O. S. 838 verneint aus den gleichen Gründen wie oben die Anwendung des Abs. 3 auf die Amtshaftung.

225) BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 101 zu § 839; ERMAN-DREES, BGB, 3. Aufl. Bem. 7 zu § 839; PALANDT-GRAMM, BGB, 21. Aufl. Anm. 9 zu § 839; SOERGEL-SIEBERT, BGB, 9. Aufl. Anm. 204-209; STAUDINGER-ENGELMANN, BGB, 9. Aufl. Anm. 7 a zu § 839; KAYSER-LEISS, Amtshaftung S. 64.

226) BGHZ 2, 274; 4, 10 (47) und 266 (272).

227) GIESE, Grundgesetz, 4. Aufl. Erl. II 7 zu Art. 34; HAMANN, GG, Erl. C 7 zu Art. 34; JESS, in BK, Erl. II 10 Abs. 1 zu Art. 34; v. MAN-GOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl. Anm. III 9 d zu Art. 34.

228) BGHZ 9, 62 = NJW 1953 S. 785 = DVBl 1953 S. 303.

habe ²²⁹⁾. Es wird daher von einigen Autoren gefordert, daß die Amtshaftungsprozesse auf die Verwaltungsgerichte übertragen werden ²³⁰⁾.

Nach der jetzigen Rechtslage sind aber allein die Zivilgerichte für Amtshaftungsklagen zuständig ²³¹⁾, und zwar nach § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ²³²⁾.

Denn eine Verfassungsnorm behält ihre Geltung auch dann, wenn die Organisationsnormen oder einfachen Gesetze andere Möglichkeiten der Behandlung eines konkreten Falles zulassen oder sogar logisch erscheinen lassen. Hinsichtlich der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Amtshaftungsklage ergeben sich für die Ratsmitglieder keine Besonderheiten; es wird insoweit auf die Literatur verwiesen ²³³⁾.

IV. Schadenersatz

Hinsichtlich Art und Umfang des Schadenersatzes kommen bei Amtspflichtverletzungen der Ratsmitglieder die allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechts (§§ 249 ff. BGB) zur Anwendung. Es wird insoweit auf die Literatur und Rechtsprechung verwiesen ²³⁴⁾. Diese Grundsätze erfahren insoweit eine Einschränkung, als vor den Zivilgerichten bei Amtspflichtverletzung nur ein Anspruch auf Entschädigung in Geld geltend gemacht werden kann. Es besteht kein Anspruch auf Wiedergutmachung durch Verurteilung zur Vornahme oder Unterlassung von Amtshandlungen ²³⁵⁾.

229) BETTERMANN in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte, III 2 S. 779 (850 ff); ULE, Rechtsschutz, S. 62; SCHOEN, Grenzen, in DÖV 1953 S. 677 u. 713.

230) FRIEBE, Neuordnung, in ZfB 1957 S. 396; GÜTZKOW, Amtshaftung, in DÖV 1953 S. 289 (291).

231) JESS, in BK, Erl. II 10 zu Art. 34; v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl. Anm. III 9 b zu Art. 34; vgl. auch § 40 Abs. 2 VwGO.

232) WIECZOREK, ZPO, Bd. V Anm. A II b zu § 71 GVG.

233) Vgl. insbesondere KAYSER-LEISS, Amtshaftung, S. 70.

234) BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 51 zu § 839; PALANDT-GRAMM, BGB, 21. Aufl. Anm. 10 zu § 839; KAISER-LEISS, Amtshaftung, S. 36 ff u. 72 ff, vgl. die unter Nr. 383 ff gegebene Rechtsprechungsübersicht.

235) RGZ 145, 137 (140); 150, 140 (143); 169, 353 (356); BGHZ 4, 77 (84); 4, 302 (310); 5, 502 (504); 14, 222 (229); Der große Zivilsenat des BGH (BGHZ 34, 99 (101-110) = NJW 1961 S. 658 = MDR 1961 S. 292 = DVBl 1961 S. 284) hat in seinem Beschluß vom 19. 12. 1960 bei der Prüfung des Anspruchs auf Widerruf einer ehrkränkenden amtlichen Äußerung eines Beamten zu diesen Fragen eingehend Stellung genommen und an der bisherigen Auffassung bezüglich des Schadenersatzes aus § 839 BGB festgehalten.

III. Kapitel: Die Haftung für privatrechtliches Handeln

=====

§ 7 Die privatrechtliche Betätigung der Gemeinde

Nach § 2 nwGO sind die Gemeinden in ihrem Gemeindegebiet ausschließliche und eigenverantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung ¹⁾. Der Bereich und der Umfang der öffentlichen Verwaltung hat sich in den letzten Jahrzehnten laufend ausgeweitet. Die Entwicklung ist insbesondere durch die sich ausdehnende Daseinsvorsorge ²⁾ gekennzeichnet. Im 19. Jahrhundert haben sich für die Einteilung der Verwaltungstätigkeit zwei Kategorien entwickelt; auf der einen Seite das hoheitliche Handeln unter Anwendung der überlegenen Zwangsgewalt und auf der anderen Seite die wirtschaftliche Betätigung ³⁾. Zur wirtschaftlichen Betätigung gehört aber nicht nur die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung, mit der sich die Verwaltung in das Wirtschaftsleben einschaltet, sondern jedes Handeln in privatrechtlichem Bereich. Entsprechend dieser Einteilung wird für die Haftung juristischer Personen des öffentlichen Rechts unterschieden, ob die für die Entstehung eines Schadens ursächliche Handlung in Ausführung privatrechtlicher Verrichtungen oder ob sie in Ausübung hoheitlicher Befugnisse und Aufgaben vorgenommen worden ist ⁴⁾. Im ersteren Fall richtet sich die Haftung aus §§ 89, 31 BGB nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 276, 278, 282 ff BGB), im letzteren Fall nach Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB.

In den Bereich der privatrechtlichen Betätigung fallen die fiskalische Vermögensverwaltung der Gemeinde, d.h. Verwaltung des Gemeindebesitzes,

1) Zum Begriff der öffentlichen Verwaltung im materiellen Sinne vgl. Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 2 II c S. 11 f.

2) Zum Begriff der Daseinsvorsorge vgl. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, 8. Aufl. S. 321 f. Über die Unterscheidung nach dem Gehalt und der Tätigkeitsform der Verwaltung vgl. Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 3 II b u. c S. 16 f.

3) Vgl. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, 8. Aufl. S. 322.

4) RGZ 131, 239 (248 ff); 147, 275 (278); 148, 286 (292); 155, 277 (266 ff); 162, 129 (160 ff). BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 4 zu § 89; STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Anm. 6 zu § 89.

Anschaffungen, Instandhaltung (Verkehrssicherungspflicht) und Verwertung der zur Erfüllung der hoheitlichen Zweck erforderlichen Mittel, ferner die Ausübung von Rechten und Pflichten, die in Rechtsverhältnissen des bürgerlichen Rechts, im Eigentum, Nachbarschaftsrechten, in Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen ihren Grund haben.⁵⁾ Auch die Gemeinde kann sich wie jeder Hoheitsträger als Fiskus auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts bewegen, beispielsweise beim Abschluß von Kauf-, Miet- oder Arbeitsverträgen⁶⁾. Aber auch soweit die Gemeinde unmittelbar staatliche Aufgaben und Zwecke erfüllt, gehören diese Handlungen in den Bereich des privaten Rechtsverkehrs, wenn sich die Gemeinde dazu auf den Boden des privaten Geschäftsverkehrs begibt und sich privatrechtlicher Mittel bedient⁷⁾. Beispielsweise handelt es sich um privatrechtliche Handlungen, wenn Dienstfahrten zur Besichtigung und Anordnung von Bauarbeiten an öffentlichen Gebäuden durchgeführt werden⁸⁾. Es ist anerkanntes Rechts, daß die Unterscheidung zwischen der privatrechtlichen Betätigung eines Hoheitsträgers und der Ausübung öffentlicher Gewalt sich nicht nach der Zielsetzung der jeweiligen Betätigung richtet, sondern danach, wie die Rechtsverhältnisse zwischen dem Hoheitsträger und den Privatpersonen geordnet sind⁹⁾.

Bei schuldhafter Verletzung der Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich eines Gebäudes, eines öffentlichen Weges, usw. finden privatrechtliche Haftungsvorschriften Anwendung¹⁰⁾. Die Verkehrssicherungspflicht ergibt sich aus der objektiven Gefahrenlage, die mit der Freigabe zur Benutzung entsteht. Der Verkehrssicherungspflicht kann auch durch hoheitliche Maßnahmen genügt werden. Es bedarf dann aber eines ausdrücklichen Organisationsaktes, der der Allgemeinheit mitgeteilt werden muß¹¹⁾.

5) BGHZ 6, 296 (299); 14, 222 (226); BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 5 zu § 89.

6) BGHZ 20, 102 (104).

7) RGZ 154, 16 (41); 155, 257 (273); 162, 129 (161 ff).

8) RG HRR 1942 S. 648.

9) BGHZ 20, 102 (104).

10) RGZ 147, 275 (278); 154, 16 (25); 155, 161 (162); 165, 155 (158); BGHZ 9, 373 (386 ff); 14, 83; 16, 95; 34, 206 f; OLG München HRR 1941 Nr. 189; OLG Celle HRR 1941 Nr. 881; BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 5 zu § 89; FREUND, Verkehrssicherungspflicht und Amtshaftung, NJW 1962 S. 614.

11) BGHZ 9, 373 (386 ff); 34, 206 f; 35, 111 = NJW 1961 S. 1525.

Auch die erwerbswirtschaftliche Betätigung (Eigenbetriebe) der Gemeinde gehört in den privaten Geschäftsbereich, soweit die Gemeinde wie jeder andere Wirtschaftsunternehmer am privatwirtschaftlichen Verkehr teilnimmt, privatrechtliche Geschäfte tätigt und dabei den anderen Vermögensträgern als gleichberechtigter und gleichverpflichteter Vertragspartner gegenübertritt¹²⁾. Bei einem von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft betriebenen wirtschaftlichen Unternehmen, das nach seinem Gegenstand sowohl in privatrechtlichen als auch in öffentlich-rechtlichen Formen geführt werden kann, kommt es maßgeblich darauf an, ob die öffentlich-rechtliche Körperschaft das Unternehmen im Verhältnis zu seinen Benutzern privatrechtlich organisiert hat oder ob sie es in Ausübung der öffentlichen Gewalt hoheitlich betreibt¹³⁾.

Aus den obengenannten Beispielen läßt sich der Grundsatz ableiten, daß die Gemeinde sich immer dann privatrechtlich betätigt, wenn ebenso gut eine Privatperson diese Tätigkeit vornehmen könnte, sie also nur zufällig, aber nicht begriffsnotwendig eine Handlung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft ist¹⁴⁾.

§ 8 Die Organhaftung nach §§ 89, 31 BGB

I. Verfassungsmäßig berufener Vertreter

Ist die Gemeinde auf privatrechtlichem Gebiet tätig geworden, so haftet sie gemäß §§ 89, 31 BGB¹⁵⁾ für den Schaden, den ein verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung begangenen, zum Schadenersatz verpflichtenden Handlung einem Dritten zufügt. Diese Haftung setzt also voraus, daß die schadenstiftende Handlung von einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter vorgenommen wor-

12) So BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 5 zu § 89; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, 15. Aufl. § 119 D III a S. 748.

13) BGH Urt. v. 26. 5. 1961 in JZ 1962 S. 217 mit Nachweisen.

14) ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, 15. Aufl. § 119 D III a S. 748.

15) Zur Stellung des § 89 BGB im System der Haftungsvorschriften vgl. SIEBERT, Haftung, DÖV 1951 S. 44-47.

den ist. Verfassungsmäßig berufener Vertreter ist nur, wer nach gesetzlichen oder verwaltungsmäßigen Organisationsnormen selbst zur Vertretung berufen ist oder innerhalb seines Geschäftsbereichs eine dem Vorstand einer juristischen Person ähnliche Selbständigkeit, Verantwortlichkeit und rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht hat ¹⁶⁾. Eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht ist aber nicht in jedem Fall Voraussetzung ¹⁷⁾.

Organisationsnorm für die Gemeinde ist die Gemeindeordnung. Nach § 28 Abs. 1 nWGO ist der Gemeinderat für alle Angelegenheiten der Gemeinde zuständig. Aus dieser Allzuständigkeit folgt nicht ohne weiteres, daß der Gemeinderat der "Vorstand" der Gemeinde bzw. ihr verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne von § 31 BGB ist. Die Rechtsstellung des Vorstandes einer juristischen Person wird in § 26 Abs. 2 BGB umrissen. Obwohl hiernach der Vorstand einer juristischen Person die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat, ist er nach herrschender Meinung nicht Vertreter, sondern Organ der durch ihn handlungsfähigen juristischen Person ¹⁸⁾. Da es sich bei § 31 BGB um ein Problem der Zurechenbarkeit handelt, sind Organe im Sinne des § 31 BGB die Personen, deren Handeln der juristischen Person zugerechnet wird ¹⁹⁾. Dies sind in erster Linie diejenigen Personen, die auf Grund der maßgebenden Organisationsbestimmungen kraft ihrer Stellung berechtigt sind, rechtsverbindlich für die Organisation (juristische Person) zu handeln, also sie zu vertreten ²⁰⁾. Die Frage, ob der Gemeinderat Organ im Sinne des § 31 BGB ist, ist somit die Frage nach der Außenvertretung der Gemeinde im privatrechtlichen Rechtsverkehr ²¹⁾.

16) So STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Anm. 7 zu § 89; ähnlich ENNECERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, 15. Aufl. § 119 D 1 S. 741; BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 8 zu § 89.

17) STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Anm. 15 d u. 15 g zu § 31; Hans. J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 65 II a.

18) Vgl. STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Anm. 1 u. 10 zu § 26.

19) STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Einl. zu § 21 Anm. 20. Der Organbegriff des öffentlichen Rechts, wie er auf Seite 3 ff dargestellt worden ist, geht weiter als der Organbegriff des § 31 BGB.

20) STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Vorbem. 50 zu § 164.

21) Über die Außenvertretung der Gemeinde vgl. BERKENHOFF, Rechtsverkehr, in Die Gemeinde 1954 S. 153-58 und 176-78; DIEKAMP, Außenvertretung. Diss. jur. Münster 1955, Gesamtdarstellung, begriffliche Abgrenzung der Außenvertretung S. 9-12; LÜNENBERGER, Vertretung, LÜNENBERGER gibt eine Gesamtdarstellung bezogen auf die DGO.

II. Der Gemeinderat als Organ im Sinne des § 31 BGB

a) Unterscheidung zwischen § 28 und § 55 nwGO

Die Untersuchung darüber, ob § 28 nwGO den Gemeinderat zum Organ im Sinne des § 31 BGB macht, muß bei dem Gedanken ansetzen, daß in der deutschen Rechtsordnung Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis unterschieden wird ²²⁾. Vertretungsmacht ist die Befugnis, für einen anderen in dessen Namen rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, mit der Wirkung, daß die ausgelösten Rechtswirkungen diesen treffen ²³⁾. Dagegen betrifft die Geschäftsführungsbefugnis das Innenverhältnis, nämlich die Frage, inwieweit jemand intern zur Führung eines Geschäftes befugt ist ²⁴⁾. Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt § 28 nwGO und vergleicht ihn mit § 55 nwGO, der die gesetzliche Vertretung der Gemeinde regelt, so zeigt sich, daß § 28 nur die interne Geschäftsführungsbefugnis umfaßt ²⁵⁾. Dies läßt sich schon aus der Formulierung der Vorschrift erkennen; nach § 28 Abs.1 nwGO ist der Rat für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung "zuständig", aber nach § 55 nwGO ist der Rat der "gesetzliche Vertreter" der Gemeinde in Rechts- und Verwaltungsgeschäften (Satz 1). Ein Vergleich zwischen § 28 Abs.3 und § 55 nwGO zeigt auch, daß die beiden Bestimmungen im Grundsatz etwas anderes regeln.

Während unter dem Gesichtspunkt der (internen) Zuständigkeit § 28 Abs.2 Satz 1 nwGO dem Rat die Möglichkeit gibt, die Entscheidungen über bestimmte Angelegenheiten auf den Gemeindedirektor zu übertragen, und nur

22) STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Anm. 20 u. 21 zu § 164.

23) STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Anm. 20 zu § 164.

24) STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Anm. 21 zu § 164.

25) So OLG Köln, Beschl. v. 12.8.60 in DVBl 1960 S.816-18 = KOTTENBERG-STEFFENS, RSp. Entsch. Nr. 2 zu § 55. Im folgenden wird der Gedankengang dieser Entscheidung nachvollzogen, soweit sie sich mit dem Verhältnis zwischen Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis innerhalb der Gemeinde befaßt.

a. M. DIEKAMP, Außenvertretung, S. 28 u. 31; DIEKAMP ist der Meinung, daß sich schon aus §§ 27 Abs. 2 und 28 Abs. 1 nwGO die Zuständigkeit des Rates für die Außenvertretung ergebe, im Grunde bringe § 55 "nichts neues".

ten Kreis von Geschäften von der Vertretungsbefugnis des Gemeindedirektors ausnehmen oder für den Einzelfall etwas anderes bestimmen³⁰⁾. In der Praxis zeigt es sich, daß der Rat auf dem Gebiet der Außenvertretung selbst fast nie tätig werden kann, obwohl gerade durch den Ausschlusskatalog des § 28 nwGO eine ganze Reihe von Aufgaben dem Gemeinderat vorbehalten ist, die auf dem Gebiete des Privatrechts liegen, beispielsweise die Veräußerung und Belastung von Grundstücken, die Aufnahme von Darlehen u. ä.³¹⁾. Zwar kann und muß der Gemeinderat die Beschlüsse über diese Angelegenheiten selbst fassen, er kann sie aber nicht als Kollegium selbst ausführen. Dies gilt vor allem für die Außenvertretung. Man denke nur an die Gemeinderäte der Großstädte; ein solches Großkollegium kann nicht gemeinsam handelnd im Rechtsverkehr auftreten und Willenserklärungen abgeben³²⁾. Eine privatrechtliche Haftung nach §§ 89, 31 BGB ist daher für den Rat als Kollegium für Schadenzufügungen bei Außenvertretungshandlungen nicht denkbar. Unabhängig von der Feststellung, daß der Gemeinderat Außenvertretungsorgan der Gemeinde ist, könnte eine Haftung der Gemeinde für Beschlüsse des Gemeinderates eintreten, wenn durch sie unmittelbar oder durch ihre Ausführung ohne Dazwischentreten eines Organs im Sinne des § 31 BGB einem Dritten ein Schaden zugefügt wird. Dies folgt daraus, daß nach herrschender Auffassung³³⁾ auch dann eine Haftung aus § 31 BGB eintritt, wenn durch den Beschluß einer Mitgliederversammlung eines Vereins unmittelbar einem Dritten ein Schaden zugefügt wird (argumentum a fortiori).

Der Gemeinderat muß sich zur Wahrnehmung der ihm zustehenden Außenvertretung anderer Personen bedienen (Untervertreter), denen er seine Befugnisse generell oder für den Einzelfall überträgt. In § 55 S. 2 nwGO hat

30) Zu diesen Fragen vgl. DIEKAMP, Außenvertretung, S. 48-49 u. 77-80.

31) Zu den einzelnen Aufgaben des Rates nach § 28 nwGO, die auf dem Gebiet des Privatrechts liegen, vgl. SCHNEIDER, Zuständigkeit, in Kom. pol. Bl. 1956 S. 906-8.

32) Hierauf verweisen ELLERINGMANN, Gemeindeordnung, S. 16; ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, 2. Aufl. S. 285.

33) Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, 15. Aufl. § 110 Fußnote 3 S. 661 mit weiteren Nachweisen; STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Anm. 18 zu § 31.

das Gesetz selbst diese Übertragung auf den Gemeindedirektor vorgenommen³⁴⁾. Diese Übertragung gilt aber nur subsidiär, soweit nicht der Rat etwas anderes bestimmt (§ 55 S. 2 2. Halbs. nwGO). Das Rückholrecht des Rates in den Fällen der Außenvertretung³⁵⁾ steht selbständig neben dem Rückholrecht in den Fällen der Geschäftsführungsbefugnis (Willensbildung - § 28 Abs. 3 nwGO).

Macht nun der Rat von seinem Rückholrecht bezüglich der Außenvertretung Gebrauch, so muß er zur Außenvertretung Untervertreter bestellen, da er als Kollegium seine zurückgeholte Außenvertretungsbefugnis nicht selbst ausüben kann. Diese Befugnis kann der Rat auf den Bürgermeister allein, auf den Bürgermeister und ein Ratsmitglied, oder auf weitere Ratsmitglieder übertragen³⁶⁾. In der Gemeindeordnung wird ein solcher Fall im § 56 Abs. 2 nwGO für Verpflichtungserklärungen der Gemeinde vorgesehen. Nach dieser Vorschrift kann der Rat im Einzelfall beschließen, daß eine Verpflichtungserklärung von dem Bürgermeister oder seinem Stellvertreter und einem weiteren Ratsmitglied unterschrieben wird. Der § 56 nwGO ist aber in erster Linie eine Formvorschrift.

c) Außenvertretung durch einzelne Ratsmitglieder

Da also auch einzelne Ratsmitglieder für die Gemeinde im privaten Rechtsverkehr handelnd auftreten können, taucht die Frage auf, ob auch das einzelne Ratsmitglied verfassungsmäßig berufener Vertreter der Gemeinde im Sinne der §§ 89, 31 BGB ist. Aus der Formulierung des § 31 BGB, daß der Verein für den Schaden verantwortlich ist, "den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter" einem Dritten zufügt, ergibt sich, daß sowohl der Vorstand als auch die einzelnen Mitglieder des Vorstandes verfassungsmäßig berufene Vertreter sind. Auf Grund der Verweisungsvorschrift des § 89 BGB bedeutet

34) KOTTENBERG, nwGO, 6. Aufl. Erl. 1 zu § 55, spricht von einer "gesetzlich fingierten Delegation", ebenso ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, 2. Aufl. S. 285.

35) Über Voraussetzungen und Folgen des Rückholrechts bei der Außenvertretung vgl. DIEKAMP, Außenvertretung, S. 49-59.

36) ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, 2. Aufl. S. 286.

dies für die Gemeinde, daß auch die einzelnen Ratsmitglieder als Mitglieder des Gemeindevorstandes = Gemeinderates ³⁷⁾ verfassungsmäßig berufene Vertreter der Gemeinde sind ³⁸⁾.

III. Haftungsgrundlagen für die Organhaftung nach §§ 89, 31 BGB

Da also Ratsmitglieder verfassungsmäßig berufene Vertreter der Gemeinde im Sinne der §§ 89, 31 BGB sind, ist die Gemeinde für den Schaden verantwortlich, den ein Ratsmitglied in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung einem Dritten zugefügt hat. Es genügt das Handeln eines Ratsmitgliedes, um eine Haftung der Gemeinde zu begründen ³⁹⁾.

Der § 31 BGB ist keine selbständige Anspruchsgrundlage ⁴⁰⁾. Es muß daher zur Begründung einer Haftung der Gemeinde eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung eines Organs festgestellt werden. Weil die juristische Person für ihre Organe wie für ihre eigenen Handlungen haftet, tritt die Haftung überall dort ein, wo auch eine natürliche Person schadenersatzpflichtig wäre. Dies hat zur Folge, daß die Gemeinde nicht nur für schuldhafte Handlungen oder Unterlassungen haftet, sondern auch bei schuldlosem oder sogar rechtmäßigem, ersatzpflichtig machendem Verhalten.

Zu den schuldhaften Handlungen gehören insbesondere die unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff BGB) und das Verschulden bei Vertragsabschluß. Gerade diese letzten Fälle können für Ratsmitglieder noch am ehesten praktisch werden. Neben der Haftung aus § 307 BGB bei einem Vertragsschluß, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, gehören hierher die Fälle der sogenannten culpa in contrahendo (c. i. c.). In Rechtsprechung und Lehre ⁴¹⁾

37) Vgl. § 27 Abs. 2 S. 2 nwGO "Der Rat besteht aus den von der Bürgerschaft gewählten Ratsmitgliedern."

38) ZUMPE, Rechtsstellung, S. 93.

39) RGZ 57, 93 (94); 74, 250 (257); 110, 145 (146); 134, 375 (377); STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Anm. 13 zu § 31.

40) ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, 15. Aufl. § 110 I 3 S. 663.

41) RGZ 120, 249 (251); 132, 76 (79); 147, 103 (109); 151, 357 (358); 162, 129 (156); BGHZ 6, 330 (333); statt vieler: ENNECCERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl. § 43 III S. 182 ff.

ist anerkannt, daß ein Verschulden bereits dann gegeben sein kann, wenn jemand bei Anbahnung von Vertragsverhandlungen (bzw. vor oder bei Vertragsabschluß) die im Verkehr erforderliche Sorgfalt mißachtet hat.

Auch Gemeinden können aus Verschulden bei Vertragsschluß schadenersatzpflichtig gemacht werden ⁴²⁾. Bezüglich der Verpflichtungserklärungen der Gemeinde gemäß § 56 Abs. 1 u. 2 nWGO kann c.i.c. vorliegen, wenn die Form vorsätzlich oder fahrlässig nicht beachtet wird, und die Gemeinde sich dann später auf diesen Formmangel beruft ⁴³⁾. Bei Überschreitung der Vertretungsmacht tritt keine Haftung aus c.i.c. ein, weil sonst gerade die Rechtsfolge eintreten würde, vor der die juristischen Personen durch Beschränkung der Vertretungsmacht ihrer Willensorgane geschützt werden sollen ⁴⁴⁾. Hier greift die Haftung nach § 179 BGB ein.

Beispiele für schuldlos ersatzpflichtig machendes Verhalten sind schadensstiftende Selbsthilfehandlungen, die in der unverschuldeten irrigen Annahme, daß die Voraussetzungen der Selbsthilfe vorliegen, verübt worden sind (§ 231 BGB) oder Schädigungen durch erlaubte Notstandsmaßnahmen (§ 904 BGB).

Unter diese Gruppe fällt auch die Ersatzpflicht einer juristischen Person einem Dritten gegenüber auf das negative Interesse, wenn die Erklärung eines Organs nichtig oder angefochten worden ist (§ 122 BGB).

Da § 31 BGB keine selbständige Anspruchsgrundlage ist, wird eine Haftung der Gemeinde in der Regel nur dann ausgelöst, wenn eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung eines Organs festgestellt worden ist. Jedoch genügt hinsichtlich der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, die Feststellung einer fehlerhaften Organisation ⁴⁵⁾, wobei dahingestellt bleibt, welches Organ hierfür im einzelnen verantwortlich ist.

Eine Haftung der Gemeinde nach §§ 89, 31 BGB tritt nur ein, wenn das

42) BGHZ 6, 330 (333) = MDR 1952 S. 604; OLG Celle Urt. v. 10. 2. 52 in MDR 1952 S. 554.

43) BGH Urt. v. 14. 6. 56 in DVBl 1956 S. 579 f.

44) RGZ 162, 129 (159 f); BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 6 zu § 31; STAUBINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Anm. 10 a zu § 31.

45) Ständige Rechtsprechung vgl. BGHZ 27, 278 = NJW 1958 S. 1234; BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 4 zu § 31; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, 15. Aufl. § 110 I 4 S. 663.

Ratsmitglied in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung eine schadenstiftende Handlung begeht. Voraussetzung ist also, daß die Handlung "inden ihm kraft seiner Stellung zugewiesenen Geschäftsbereich fällt" ⁴⁶⁾. Sie muß in einem inneren Zusammenhang mit der Tätigkeit des Organs stehen. Die Gemeinde haftet nicht für einen nur bei Gelegenheit der Verrichtung verursachten Schaden. Was in Ausführung und was nur bei Gelegenheit einer Verrichtung anzusehen ist, kann nur im Einzelfall entschieden werden ⁴⁷⁾.

Für Verschulden ihrer Organe bei Erfüllung einer Verbindlichkeit haftet die Gemeinde nicht aus §§ 89, 31 BGB. Hier muß sie gemäß § 278 BGB für ihre Organe einstehen, weil sie sich ihrer zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit bedient ⁴⁸⁾.

46) BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 3 zu § 31 BGB.

47) Vgl. hierzu BGB-RGRK a. a. O.; STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Anm. 21-24 zu § 31.

48) Streitig. Wie hier BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 6 zu § 31; STAUDINGER-COING, BGB, 11. Aufl. Anm. 7 zu § 31; FACHINGER, rev. DGO, S. 56 f; LÜNENBERGER, Vertretung, S. 186; MUNTZKE-SCHLEMPF, heGO, S. 601; a. M.: ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil, 15. Aufl. § 110 I 3 S. 662 f; PALANDT-DANCKELMANN, BGB, 21. Aufl. Anm. 2b zu § 278; SOERGEL-SIEBERT, BGB, 9. Aufl. Anm. 8 zu § 31; Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 65 II a S. 366.

IV. Kapitel: Die persönliche Haftung der Ratsmitglieder gegenüber Dritten =====

§ 9 Die Eigenhaftung

In den beiden vorhergehenden Kapiteln ist die Haftung der Gemeinde für die schadenstiftenden Handlungen der Ratsmitglieder erörtert worden. Es ist nun zu untersuchen, ob daneben auch eine persönliche Haftung (Eigenhaftung) der Ratsmitglieder gegenüber außenstehenden Dritten besteht.

I. Bei hoheitlichem Handeln

Soweit Ratsmitglieder in Ausübung öffentlicher Gewalt einem Dritten einen Schaden zugefügt haben, ist eine Eigenhaftung in aller Regel ausgeschlossen. Gemäß Art. 34 GG haftet die Gemeinde für diese Amtspflichtverletzungen. Da aber Art. 34 GG nur "grundsätzlich" die Haftungsübernahme der öffentlichen Körperschaft regelt, sind einige Vorschriften, die einen Ausschluß der Amtshaftung und damit eine Eigenhaftung des Amtsträgers vorsehen, in Kraft geblieben¹⁾. Die Anwendung dieser seltenen Fälle auf Ratsmitglieder ist jedoch nur für den Fall denkbar, daß die Haftung gegenüber Ausländern beschränkt ist, wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist (§ 7 RBHaftG u. prBHaftG). Aber auch dies ist fast nur von theoretischer Bedeutung. In einem solchen Fall, in dem es bei der Eigenhaftung des Amtsträgers bleibt, bestimmt sich diese Eigenhaftung der Ratsmitglieder wegen einer in Ausübung hoheitlicher Gewalt begangenen Amtspflichtverletzung ausschließlich nach § 839 BGB. Nach der oben aufgestellten Definition ist Beamter im Sinne des § 839 BGB bei der hoheitlichen Eigenhaftung jede mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraute Person, ohne Rücksicht auf ihre staatsrechtliche Beamteneigenschaft.

II. Bei privatrechtlichem Handeln

Hat dagegen ein Ratsmitglied in Ausübung privatrechtlicher Verrichtungen einen Dritten geschädigt, so haftet das Ratsmitglied bei unerlaubten Hand-

1) Vgl. oben S. 13 Anm. 23.

lungen wie jede andere Person nach den Deliktsvorschriften (§§ 823 ff BGB) ²⁾.

Der § 839 BGB erweitert die Haftung gegenüber §§ 823 ff BGB, indem er einen Schadenersatzanspruch auch dann begründet, wenn weder ein absolutes Recht oder ein Schutzgesetz verletzt, noch eine sittenwidrige Schädigung eingetreten ist, er schränkt die Haftung aber auch ein (§ 839 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 u. 3 BGB). Für die Eigenhaftung der Ratsmitglieder aus privatrechtlichen Verrichtungen kann aber § 839 BGB nicht angewendet werden. Im privatrechtlichen Bereich gilt der § 839 BGB *nur* für Beamte im staatsrechtlichen Sinne. Die Ratsmitglieder sind aber keine Beamte in diesem Sinne.

Soweit die Haftungsvorschriften des Zivilrechts für die Gemeinde erfüllt sind (§§ 89, 31 oder 278 BGB), also Ratsmitglieder als Organe gehandelt haben, haftet die Gemeinde für die Ratsmitglieder. Im schuldrechtlichen Bereich haften die Ratsmitglieder daneben nicht, da nur die Gemeinde berechtigt und verpflichtet wird. Im Bereich der unerlaubten Handlung können aber Gemeinde und Ratsmitglieder nebeneinander haften.

Handelt ein Ratsmitglied, das mit besonderen Aufgaben auf privatrechtlichem Gebiet vom Rat betraut ist, außerhalb seiner Zuständigkeit, so wird dieses Handeln grundsätzlich nicht der Gemeinde zugerechnet. In § 179 BGB wird die Frage der Haftung des Vertreters bei Unwirksamkeit der Handlung für den Vertretenen geregelt. Verweigert die Gemeinde die Genehmigung des vom Ratsmitglied ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrages, so haftet das Ratsmitglied gemäß dieser Bestimmung.

2) So hat beispielsweise der BGH im Urt. v. 13.12.60 = LM Nr. 54a zu Art. 34 GG entschieden, daß ein Ratsmitglied, welches auf einer Besichtigungsfahrt des Kurausschusses der Gemeindevertretung zu benachbarten Bädern (privatrechtliche Verrichtung) in seinem Wagen Teilnehmer mitnimmt, für die Folgen fahrlässiger Schädigung der Insassen persönlich nach § 823 BGB haftet. - GÖNNENWEIN, Gemeinderecht, S. 273; ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, 2. Aufl. S. 202.

V. Kapitel: Die Haftung der Ratsmitglieder in wirtschaftlichen Unter-
nehmen der Gemeinde

§ 10 Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde

I. Allgemeine Grundsätze

Neben der hoheitlichen und fiskalischen Verwaltung wird die Gemeinde auch auf wirtschaftlichem Gebiet tätig. Im 2. Abschnitt der Gemeindeordnung (§§ 69-77), der die Überschrift trägt "Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden", werden die Voraussetzungen, Formen und allgemeinen Regeln für die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden aufgestellt. Nach dem Grundsatz, daß alle Tätigkeit der Gemeinde nur dem Gemeinwohl zu dienen hat, darf die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert und dieser Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann (§ 69 Abs. 1 Ziff. 1 nwGO u. Erlaß d. NW Innenministers v. 23. 6. 1953 MBl S. 1047).

Die Gemeindeordnung hat auf eine gesetzliche Umschreibung des Begriffs "wirtschaftliche Unternehmen" verzichtet. Wirtschaftliche Unternehmen sind solche Einrichtungen und Anlagen der Gemeinde, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können (z. B. Versorgungsbetriebe, Verkehrsbetriebe, Industrie- und Handwerksbetriebe). Zu den Wesensmerkmalen der wirtschaftlichen Unternehmen gehören die Entgeltlichkeit der Leistungen und die Absicht der Gewinnerzielung¹⁾.

1) Zum Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens vgl. Vorl. Ausführungsanweisung zum 6. Teil der DGO v. 22. 3. 1935 MBlIV S. 475; SUREN, Gemeindefinanzrecht, Abschn. B I Nr. 2; KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. 1 zu § 69; Abgrenzung bei ZEISS, Wirtschaftsrecht, in KommHdb. Bd. III § 76 III 2 S. 615 u. § 79 I 1 S. 648 ff.

II. Die Formen der wirtschaftlichen Unternehmen

Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde können in drei verschiedenen Formen ²⁾ geführt werden:

als Eigenbetrieb (§ 74 nwGO)

als Eigengesellschaft in einer Unternehmensform des Privatrechts (§ 72 Abs. 1 S. 1 nwGO)

als Beteiligung an einer juristischen Person des Privatrechts (§ 71 nwGO).

a) Eigenbetrieb

Der Eigenbetrieb ist ein wirtschaftliches Unternehmen der Gemeinde ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Er ist rechtlich ein unselbständiger Teil der juristischen Person "Gemeinde". Das Eigenbetriebsrecht ist in den §§ 74, 75 nwGO in Verbindung mit der Eigenbetriebsverordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 22. 12. 1953 (GV NW 1953 S. 435) und ergänzend in den Betriebssatzungen der Gemeinden geregelt. Kennzeichnend für den Eigenbetrieb ist die finanzwirtschaftlich getrennte Verwaltung als Sondervermögen der Gemeinde unter eigenem Haushaltsrecht und die besondere Stellung der "Werksleitung", in deren Händen die laufende Betriebsführung in Beschluß und Ausführung liegt. Da auch für den Eigenbetrieb die Grundsätze der Gemeindeordnung über die Gemeindeverwaltung gelten, ist der Rat auch für den Eigenbetrieb das oberste Organ ³⁾. Der Rat entscheidet sowohl über die Angelegenheiten des Eigenbetriebes, die er nach der GO nicht übertragen kann (vgl. § 28 nwGO) als auch über die wichtigen Angelegenheiten des Eigenbetriebes, die im § 4 EigVO aufgezählt sind. Der aus Ratsmitgliedern oder sachkundigen Bürgern gebildete Werksausschuß ist an der Verwaltung des Eigenbetriebes beteiligt und übt eine ständige Aufsicht gegenüber der Werksleitung aus ⁴⁾.

2) PAGENKOPF, Kommunalwissenschaft, S. 159.

3) LUDWIG, Werksleitung, S. 108 ff; ZEISS, Eigenbetriebsrecht, 2. Aufl. S. 110-112.

4) Einzelheiten über den Eigenbetrieb siehe: SUREN, Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 250 ff; LUDWIG, Werksleitung; ZEISS, Eigenbetriebsrecht, 2. Aufl.; ZEISS, Wirtschaftsrecht, in KommHdb. Bd. III § 78 S. 640 ff.

Für die Ratsmitglieder ergeben sich keine neuen Haftungsprobleme, da ihre Tätigkeit für den Eigenbetrieb im Rahmen ihrer Aufgaben als Ratsmitglieder liegt ⁵⁾. Daher sind alle entwickelten Grundsätze für die Außenhaftung und der noch zu erörternden Innenhaftung anzuwenden ⁶⁾. Da im Eigenbetrieb eine echte hoheitliche Tätigkeit nicht ausgeübt wird, sind Fälle der Amtshaftung nicht denkbar ⁷⁾.

b) Eigengesellschaft

Die Eigengesellschaft ist dadurch gekennzeichnet, daß sie in der Rechtsform des Gesellschaftsrechts geführt wird. Sie ist nicht an eine bestimmte Gesellschaftsform gebunden, aber mit Rücksicht darauf, daß nach § 71 Abs. 1 2. Halbsatz nwGO die gesellschaftsrechtliche Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt sein muß, haben sich die Gemeinden besonders den Kapitalgesellschaftsformen und unter ihnen der Aktiengesellschaft und GmbH zugewandt ⁸⁾. Diese Gesellschaftsformen haben den weiteren Vorteil, daß die unmittelbare Haftung der Gesellschafter entfällt. Ihr besonderer Vorzug liegt vor allem darin, daß sich ihre Anteile vermöge ihrer rechtlichen Struktureigenschaft als Kapitalgesellschaften in einer Hand vereinigen lassen ⁹⁾. Um zur Eigengesellschaft zu werden, muß die Gesellschaft das Stadium der Beteiligungsgesellschaft durchlaufen haben, da Gesellschaften des Handelsrechts nicht von einer Person allein gegründet werden können. Erst wenn alle Gesellschaftsanteile in der Hand der Gemeinde vereinigt sind, handelt es sich um eine Eigengesellschaft. Der einfachste Weg ist der Erwerb aller Aktien oder Anteile an einer bereits

5) Über die Rechte und Pflichten der Ratsmitglieder in Bezug auf die Tätigkeit für den Eigenbetrieb vgl. ZEISS, Eigenbetriebsrecht, 2. Aufl. Anm. 5 zu § 4 S. 128-130.

6) ZEISS, a. a. O. betont die evtl. gegebene Schadenersatzpflicht der Ratsmitglieder aus § 30 Abs. 3 nwGO.

7) LUDWIG, Werkleitung, S. 170.

8) ZEISS, Wirtschaftsrecht, in KommHdb. § 78 III 1 S. 644.

9) FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, 8. Aufl. S. 456 f.

bestehenden Gesellschaft. Die Neugründung ist schwieriger¹⁰⁾.

c) Beteiligungsgesellschaft

Eine Beteiligung an einem wirtschaftlichen Unternehmen liegt dann vor, wenn die Gemeinde Mitgliedschaftsrechte an dem Unternehmen erwirbt, z. B. Aktien, Gesellschafts- oder Genossenschaftsanteile. Die Beteiligung an Unternehmensformen mit unbeschränkter Haftung wird durch § 71 Abs. 1 nwGO ausgeschlossen. Die Begrenzung der Haftung auf einen bestimmten Betrag ist gegeben bei einer Beteiligung an einer AG, einer GmbH, einer Genossenschaft mbH und bei der stillen Gesellschaft im Sinne des § 335 HGB sowie bei einer KG oder KG auf Aktien, wenn die Gemeinde lediglich Kommanditistin wird¹¹⁾. In der Praxis werden aber nur die AG und GmbH und in seltenen Fällen die Genossenschaft mbH den Belangen der Gemeinde gerecht¹²⁾.

Unter die Beteiligungsgesellschaften fallen insbesondere die gemein- oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, deren Kennzeichen es ist, daß auf Grund der Beteiligungsverhältnisse weder die öffentliche Hand noch der private Partner einen alleinbeherrschenden Einfluß ausüben kann¹³⁾.

10) Da die Gründung einer AG und einer KG auf Aktien mindestens fünf Gründer (§§ 2, 219 Abs. 3 AktG), die Errichtung einer GmbH einen Gesellschaftsvertrag, also mindestens zwei Personen (§ 7 GmbHG) und die Errichtung einer Genossenschaft mindestens sieben Personen (§ 4 GenG) voraussetzt, müssen sich die Gemeinden zur Errichtung einer Eigengesellschaft einiger "Strohänner" bedienen, die nach Gesellschaftsgründung ihre Aktien bzw. Gesellschaftsanteile auf die Gemeinde übertragen. Die AG und KG auf Aktien bestehen als juristische Person auch nach Vereinigung aller Aktien in einer Hand als sogenannte "Einmanngesellschaft" fort, ebenso besteht die GmbH nach Vereinigung aller Anteile fort; dagegen muß eine Genossenschaft aufgelöst werden, wenn ihr Mitgliederbestand auf weniger als sieben Personen herabsinkt (§ 80 GenG). Eine Genossenschaft kann also niemals Eigengesellschaft sein.

11) Vgl. KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. II zu § 71.

12) van AUBEL, Gemischtwirtschaftliche Unternehmung, in KommHdb. Bd. III § 111 IV 2 u. 3.

13) van AUBEL, Gemischtwirtschaftliche Unternehmung, in KommHdb. Bd. III § 111.

§ 11 Die Vertretung der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen

I. Übersicht über § 72 nwGO

Für eine Gemeinde ist es von außerordentlicher Bedeutung, wie ihre Interessen in einer Eigengesellschaft und insbesondere in einer Beteiligungsgesellschaft wahrgenommen werden. Um die Interessen der Gemeinde in größtmöglicher Weise zu sichern, wird in § 72 Abs. 1 nwGO *) bestimmt, daß die Vertreter der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen vom Gemeinderat bestellt werden. Gleiches gilt, wenn der Gemeinde das Recht eingeräumt ist, Mitglieder des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines ähnlichen Organs wirtschaftlicher Unternehmen zu bestellen (§ 72 Abs. 2 nwGO). Die Vertreter sind bei der Ausübung ihrer Tätigkeit in den wirtschaftlichen Unternehmen an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden. Als Ausgleich für die Gefahren, die sich aus dem Zwiespalt zwischen dieser Gebundenheit einerseits und den Pflichten als Gesellschaftsorgane andererseits ergeben können, muß ihnen die Gemeinde den Schaden ersetzen, den sie aus einer bürgerlich rechtlichen oder handelsrechtlichen Schadensersatzleistung erlitten haben (§ 72 Abs. 3 nwGO).

Die Vertretung der Gemeinde im Sinne des § 72 Abs. 1 nwGO umfaßt die Rechtsausübung durch Stimmabgabe in der Gesellschaftsversammlung oder einem entsprechenden Organ des Unternehmens (Hauptversammlung einer AG, Gesellschafterversammlung einer GmbH, General- oder Vertreterversammlung einer Genossenschaft, Beirat bei einem gemeinwirtschaftlichen Unternehmen z. B. RWE, VEW). Diese Rechtsausübung beruht auf den durch Aktien oder Anteilsrechten verbrieften Mitgliedschaftsrechten.

Es wird auch die Auffassung vertreten, daß der Abs. 1 des § 72 nicht nur auf die Vertretung in Gesellschaftsversammlungen und ähnlichen Organen

*) § 72 Abs. 1 nwGO: "Die Vertreter der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde, die eigene Rechtspersönlichkeit besitzen (Eigengesellschaften) und in wirtschaftlichen Unternehmen, an denen die Gemeinde beteiligt ist, werden vom Rat bestellt. Sie sind an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden. Sie haben ihr Amt in den Organen dieser Unternehmen auf Beschluß des Rates jederzeit niederzulegen."

beschränkt sei, sondern auch die Vertretung der Gemeinde in anderen Organen wirtschaftlicher Unternehmen betreffe ¹⁴⁾. Über die strenge Auslegung des Begriffs "Vertretung" kommt BLANK aber zu dem Ergebnis, daß praktisch eine Vertretung der Gemeinde im rechtstechnischen Sinne in anderen Gesellschaftsorganen als der Gesellschaftsversammlung oder einem ähnlichen Organ nicht möglich ist.

Die überwiegende Meinung geht bereits davon aus, daß Abs. 1 nur die Vertretung der Gemeinde in der Gesellschaftsversammlung oder einem ähnlichen Organ umfaßt ¹⁵⁾. Diese Auffassung wird durch die Entstehungsgeschichte der Gemeindeordnung bestätigt ¹⁶⁾.

Der Absatz 2 des § 72 nwGO bezieht sich auf die Mitgliedschaft gemeindlicher Vertreter im Vorstand, Aufsichtsrat oder einem ähnlichen Organ, die auf Grund eines Entsendungsrechtes ¹⁷⁾ der Gemeinde erlangt ist.

II. Vertreter der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen

a) Vertreter der Gemeinde nach der DGO und der rev. DGO

In der Gemeindeordnung wird nicht zum Ausdruck gebracht, wer zum Vertreter der Gemeinde für eine Gesellschafter- oder Mitgliederversammlung bestellt werden oder in ein anderes Gesellschaftsorgan entsandt werden

14) BLANK, Weisungsrecht, in Städtetage 1958 S. 106; KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. I zu § 72 ohne Begründung.

15) So u. a. für den entsprechend lautenden § 101 der heGO MUNTZKE-SCHLEMPF, heGO, Anm. II 2 zu § 101; SUREN, Gemeindevirtschaftsrecht, Abschn. B IV Nr. 2 a S. 203.

16) Aussch. Brtg. StB GO 12 S. 18 Vorsitzender Dr. Scholtissek: "... in § 67 Abs. 1 jetzt § 72 ist ausdrücklich gesagt worden: Die Vertreter der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde. Darunter verstehen wir lediglich diejenigen, die Gesellschaftsrechte wahrnehmen." Ebenso Ministerialrat Adenauer a. a. O. S. 20.

17) Die heGO verwendet in dem entsprechenden § 101 Abs. 2 anstelle des Wortes "bestellen" das Wort "entsenden". Rechtlich ist der gleiche Vorgang gemeint. Zur leichteren Unterscheidung der "bestellten" Vertreter der Gemeinde im Sinne des § 72 Abs. 1 von den Vertretern der Gemeinde im Sinne des Abs. 2 werde ich diese als "entsandte" Vertreter bezeichnen.

kann. Greift man auf den § 70 DGO zurück, dem der § 72 nwGO nachgebildet ist, so zeigt sich, daß der Bürgermeister entsprechend seiner allgemeinen Vertretungsgewalt (§ 36 DGO) die Gemeinde in den Unternehmen vertrat, oder daß er Beamte oder Angestellte als Vertreter bestellte. Aus § 70 Abs.1 S.2 DGO¹⁸⁾ wurde geschlossen, daß der Bürgermeister nur Beamte oder Angestellte aus der Gemeindeverwaltung bestellen könne¹⁹⁾. Es wurde aber auch die weitergehende Ansicht vertreten, daß auch Ratsmitglieder zu Vertretern bestellt werden können²⁰⁾.

Nach der Umwandlung des Gemeinderechts durch die rev.DGO behielt der Bürgermeister das Recht, die Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen zu vertreten (§ 70 Abs.1 rev.DGO), obwohl sich seine Stellung innerhalb der Gemeindeverfassung vollständig gewandelt hatte. Der Gemeinderat erhielt das Recht, einen Vertreter für den Bürgermeister zu bestellen. Es war nicht geregelt, wer zu einem solchen Vertreter bestellt werden konnte. Die Formulierung des wörtlich aus der DGO übernommenen Abs.3 des § 70 rev.DGO²¹⁾ läßt nicht den Schluß zu, daß nur Beamte und Angestellte bestellt werden durften. Denn die Formulierung des Absatzes 3 paßt nicht zum Absatz 1 des § 70 rev.DGO, weil der Bürgermeister nach der rev.DGO kein Beamter mehr ist. Bei einer wörtlichen Anwendung des Abs.3 hätte gerade der Bürgermeister, der an erster Stelle berufen war, die Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen zu vertreten, im Falle der Inanspruchnahme auf Schadenersatz durch das Unternehmen oder einen Dritten keinen Ersatzanspruch gegen die Gemeinde. Da der Absatz 3 ohne Anpassung an die neue Rechtslage aus der DGO übernommen wurde, läßt seine Formulierung nicht den Schluß zu, daß nur Beamte oder Angestellte zu

18) § 70 Abs.1 S.2 DGO: "Bestellt der Bürgermeister Beamte oder Angestellte als Vertreter, so sind sie an seine Weisungen gebunden."

19) KERRL-WEIDEMANN, DGO,Erl.1 zu § 70 S.490 wollen die Vertretung durch bevollmächtigte Dritte nur für die Generalversammlung einer AG zulassen.

20) SCHATTENFROH, DGO,2.Aufl. Anm.1 zu § 70 S.247, begründet dies damit, daß die Gemeinderäte Ehrenbeamte sind. Vgl. auch SUREN-LOSCHELDER, DGO,Erl.2 a, bb zu § 70 S.121.

21) § 70 Abs.3 rev.DGO: "Werden Beamte oder Angestellte der Gemeinde aus dieser Tätigkeit haftbar gemacht...".

Vertretern bestellt werden können. In den Erläuterungen zu § 70 rev. DGO wird von einigen Kommentatoren die Auffassung vertreten, daß auch Ratsmitglieder zu Vertretern bestellt werden können ²²⁾.

b) Vorstellungen bei der Entstehung der nwGO

Da die Betrachtung der älteren Vorschriften, an die sich § 72 nwGO anlehnt, der Lösung der Frage, wer zu Vertretern der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen bestellt werden kann, nicht viel weiter brachte, sei ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 72 nwGO geworfen.

Die Protokolle der Ausschußberatungen zur Gemeindeordnung lassen erkennen, daß der Ausschuß von dem Gedanken ausging, in erster Linie seien Ratsmitglieder als Vertreter der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen zu bestellen ²³⁾. In einer Beratung wird zum Ausdruck gebracht, daß die neue Formulierung "Vertreter der Gemeinde" mit Absicht gewählt wurde, um der Entwicklung in der Praxis Rechnung zu tragen, da hier seit langem während der Geltungsdauer der rev. DGO Ratsmitglieder anstelle des Bürgermeisters als Vertreter in Wirtschaftsunternehmen entsandt worden sind ²⁴⁾.

c) Vertreter der Gemeinde nach der nwGO

Wendet man den in § 70 DGO erkennbaren Grundsatz an, daß das Organ, dem die Verwaltung der Gemeinde obliegt, entweder selbst die Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen vertritt oder Vertreter bestellt, die von seinen Weisungen abhängig sind ²⁵⁾, so erkennt man, daß nach der nwGO die Ratsmitglieder in erster Linie zur Vertretung der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen berufen sind. Der Rat ist oberstes Verwaltungsorgan der Gemeinde. Da er aber als Kollegium nicht in der Lage ist, die

22) FACHINGER, rev. DGO, S. 149; FÖLSCHKE, Aufsichtsratsmitglieder, in StuSev 1950 S. 215; indirekt auch ODENBREIT, rev. DGO, Fußnote zu § 70 Abs. 3 S. 55.

23) Aussch. Brtg. StB GO 11 S. 12; StB GO 12 S. 9, an dieser Stelle spricht zwar der Abg. Schwering von "Gemeindevertreter", er verwendet den Ausdruck im Sinne von Ratsmitglied.

24) Aussch. Brtg. StB GO 12 S. 21.

25) Ähnlich eine im Ergebnis mitgeteilte Entscheidung der Aufsichtsbehörde zu § 74 rhpf GO (1948), in KommHdb. Bd. 1 § 41 IV 2 S. 350.

Gemeinde in einem Gesellschaftsorgan zu vertreten, bestellt er aus seiner Mitte die Personen, die für diese Aufgabe geeignet sind. Insofern war das gesetzliche Vertretungsrecht des Bürgermeisters nach § 70 rev.DGO im Gegensatz zur Meinung von PAGEL²⁶⁾ keine Durchbrechung der Allmacht des Gemeinderates, vielmehr eine vom Gesetz vorweggenommene Bestellung aus dem Gremium, das zur Vertretung berufen ist, welches aber auf Grund seiner Kollegialstruktur nicht in der Lage ist, die Vertretung selbst zu übernehmen.

Ein als Vertreter bestelltes Ratsmitglied ist nur der verlängerte Arm des Rates. Es ist in seiner Tätigkeit nicht frei, sondern an die Beschlüsse des Rates oder Ausschusses gebunden. Diese Gebundenheit ist mit dem freien Mandat nach § 30 Abs.1 nwGO nicht unvereinbar²⁷⁾, da das Ratsmitglied hier nicht in seiner Eigenschaft als vom Gemeindevolk zur politischen Repräsentation gewähltes Ratsmitglied tätig wird, sondern als vom Rat bestellter Vertreter, der die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde wahrnehmen soll.

Es bestehen daher keine Bedenken, Ratsmitglieder nach § 72 Abs.1 nwGO zur Vertretung in Gesellschaftsversammlungen oder entsprechenden Organen zu bestellen oder nach § 72 Abs.2 nwGO als Mitglieder des Vorstandes, Aufsichtsrates oder einem ähnlichen Organ in wirtschaftliche Unternehmen zu entsenden²⁸⁾. In der kommunalen Praxis ist es eine selbstverständliche Übung, daß Ratsmitglieder zu Vertretern der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen bestellt bzw. entsandt werden.

26) PAGEL, Gemeindeordnung, Anm.1 zu § 70 S.111.

27) NEUMANN, Rechtsstellung, S.30.

28) Ebenso KOTTENBERG, nwGO,7.Aufl. Erl.II zu § 72; SUREN, Gemeindevirtschaftsrecht, Abschn. B IV 2 c S.206: "Auch hier (gemeint ist die nwGO) besteht keine Bindung an einen bestimmten Personenkreis."

III. Die Vertretung der Gemeinde im Sinne des § 72 Abs.1 nwGO

Der § 72 Abs.1 nwGO lautet:

"Die Vertreter der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde, die eigene Rechtspersönlichkeit besitzen (Eigengesellschaften) und in wirtschaftlichen Unternehmen, an denen die Gemeinde beteiligt ist, werden vom Rat bestellt. Sie sind an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden. Sie haben ihr Amt in den Organen dieser Unternehmen auf Beschluß des Rates jederzeit niederzulegen."

In diesem Absatz wird die Berufung der Vertreter der Gemeinde und die Ausgestaltung ihrer Rechtsstellung gegenüber der Gemeinde geregelt. Die Vertreter werden "vom Rat bestellt", also nicht gewählt. Es genügt daher ein Beschluß mit Stimmenmehrheit (§ 35 Abs.1 S.1 nwGO). Der Rat kann die Bestellung auf Ausschüsse oder den Gemeindedirektor übertragen (§ 28 Abs.2 nwGO) ²⁹⁾.

Wenn die Gemeinde am Rechtsverkehr teilnehmen will, muß sie sich als juristische Person durch Organe oder Vertreter vertreten lassen. Die Vertretung der Gemeinde im Sinne des § 72 Abs.1 nwGO ist Vertretung im rechtstechnischen Sinne. Sie umfaßt im wesentlichen die Ausübung des Stimmrechts für die Gemeinde. Die Vertreter der Gemeinde handeln nicht in eigenem Namen, sondern für die Gemeinde. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann der Vertreter nicht mehr Rechte geltend machen, als der vertretenen Person zustehen. Die Rechte der Ratsmitglieder gegenüber den wirtschaftlichen Unternehmen richten sich also nach den Mitgliedschaftsrechten der Gemeinde, die ihre Grundlage in den außerhalb der Gemeindeordnung liegenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften (Aktiengesetz, GmbH-Gesetz, Genossenschaftsgesetz) haben. Daher ist es gleichgültig, ob es sich um die Vertretung in einer Eigengesellschaft oder in einem wirtschaftlichen Unternehmen handelt, an dem die Gemeinde nur beteiligt ist. Eine Überschneidung zwischen der Gemeindeordnung und dem Recht eines wirtschaftlichen Unternehmens liegt daher nicht vor ³⁰⁾.

29) Vgl. SUREN, Gemeindefinanzrecht, Abschn. B I B 2 c S. 206 mit näherer Begründung.

30) MUNTZKE-SCHLEMPF, heGO, Anm. I 3 zu § 101.

In der Gesellschafterversammlung oder dem entsprechenden Organ üben die Vertreter der Gemeinde keine Funktionen besonderen rechtlichen Charakters aus. Bei der Ausübung der Gesellschaftsrechte müssen sie sich an die durch die einschlägigen Gesetze auferlegten Pflichten halten. Sie dürfen beispielsweise keinen gesetz- oder statutenwidrigen Beschlüssen zustimmen. Ohne reine Interessenvertreter zu sein, haben sie die Interessen ihrer Gemeinde zu beachten ³¹⁾.

Daher unterliegen die Vertreter der Weisungsbefugnis des Rates oder eines Ausschusses. Die Weisungsbefugnis hat nur Wirkung im Innenverhältnis zwischen der Gemeinde und dem bestellten Vertreter. Die jederzeitige Abberufbarkeit ist das schärfste Mittel der Gemeinde zur Durchsetzung ihrer Weisungen ³²⁾.

IV. Die Vertretung der Gemeinde im Sinne des § 72 Abs. 2 nwGO

Nach Abs. 2 des § 72 gilt der Absatz 1 dieser Vorschrift entsprechend für Mitglieder des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines ähnlichen Organs, die auf Grund eines der Gemeinde eingeräumten Rechts von der Gemeinde entsandt worden sind. Im Gegensatz zu Abs. 1 handelt es sich hier nicht um Vertretung im rechtstechnischen Sinne, sondern um reine Interessenvertretung. Die Rechtsausübung in den genannten Organen geschieht auf Grund eigenen Rechts des Entsandten, das seine Grundlage in der handelsrechtlichen Organstellung hat. Die entsandten Vertreter handeln im eigenen Namen.

Die entsprechende Anwendung des Abs. 1 stößt insbesondere bei der Bestellung der "Vertreter" auf Schwierigkeiten, da sich die Bestellung von Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitgliedern nach gesellschaftlichen Normen richtet, die teilweise zu der in Abs. 1 des § 72 nwGO geregelten Bestellung durch den Rat in Widerspruch stehen. Diese Schwierigkeiten und die sich daraus ergebenden Probleme sollen für die handelsrechtlichen Gesellschaftsformen untersucht werden, die für die Gemeinde als Beteili-

31) BLANK, Weisungsrecht, S. 106; MUNTZKE-SCHLEMPF a. a. O.; KUNZE-SCHMID, bwGO, Anm. II 2 zu § 88; a. M. SUREN, Gemeindevirtschaftsrecht, Abschn. B IV 3 b S. 209. Für ihn sind sie in erster Linie Interessenvertreter.

32) Haftungsausgleich siehe unten S. 113 ff.

gungsgesellschaften praktisch möglich sind; also für die Genossenschaft, die GmbH und die AG.

a) Genossenschaft ³³⁾

1) Abweichend von der normalen Wahl der Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft durch die Generalversammlung ist nach § 24 Abs. 2 S. 2 GenG "eine andere Art der Bestellung" zulässig. Es kann also durch Statut einzelnen Genossen das Recht eingeräumt werden, Vorstandsmitglieder zu bestellen ³⁴⁾. Da nach § 9 Abs. 2 GenG nur physische Personen, die selbst Genossen sind, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder werden können ³⁵⁾, müssen die von der Gemeinde zu entsendenden Ratsmitglieder, die selbst nicht Genossen sind, Genossenschaftsanteile als Treuhänder für die Gemeinde erwerben ³⁶⁾.

2) Aufsichtsratsmitglieder werden nach § 36 GenG ausschließlich von der Generalversammlung gewählt. Eine Satzung oder ein Statut, die einem Dritten das Recht zur Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern einräumt, ist nichtig ³⁷⁾. Da einer Gemeinde daher kein Entsendungsrecht für den Aufsichtsrat einer Genossenschaft eingeräumt werden darf, kann § 72 Abs. 2 nWGO insoweit keine Anwendung finden ³⁸⁾.

33) Zu Voraussetzungen der Beteiligung einer Gemeinde an einer Genossenschaft vgl. RAMBECK, Beteiligung an Genossenschaften, in Bayer. Bgm. 1957 S. 127.

34) LANG-WEIDMÜLLER, Komm. z. GenG, 27. Aufl. § 24 Anm. 5 S. 63; MEYER-MEULENBERGH, GenG, 9. Aufl. Anm. 2 zu § 24 S. 89; PARISIUS-CRÜGER, Komm. z. GenG, 12. Aufl. Anm. 13 zu § 24 S. 170.

35) MEYER-MEULENBERGH, GenG, 9. Aufl. Anm. 2 zu § 9 S. 44 u. Anm. 2 zu § 24 S. 90; PARISIUS-CRÜGER, Komm. z. GenG, 12. Aufl. Anm. 6 zu § 9 S. 105.

36) BLANK, Weisungsrecht, in Städtetag 1958 S. 106 (110); SUREN, Gemeindewirtschaftsrecht, Abschn. B IV 3 f S. 214.

37) RGZ 152, 273 (275); LANG-WEIDMÜLLER, Komm. z. GenG, 27. Aufl. Anm. 3 zu § 36 S. 202; MEYER-MEULENBERGH, GenG, 9. Aufl. Anm. 1 zu § 36 S. 202; PARISIUS-CRÜGER, Komm. z. GenG, 12. Aufl. Anm. 1 zu § 36 S. 101.

38) Die GO kann nur Fragen der gemeindlichen Verfassung und Verwaltung regeln, aber keine Eingriffe in die innere Verfassung anderer Rechtsträger vornehmen. So MUNTZKE-SCHLEMPF, heGO, Anm. I 3 zu § 101.

b) GmbH

1) Der dispositiven Natur des GmbH-Rechts entsprechend werden die Geschäftsführer einer GmbH entweder gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Gesellschafter nach § 46 Ziff. 5 GmbHG bestellt, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag eine andere Art der Bestellung vorgesehen ist (§ 45 Abs. 2). Es ist daher möglich, daß einer Gemeinde im Gesellschaftsvertrag das Recht eingeräumt wird, den oder die Geschäftsführer zu bestellen³⁹⁾. Die Gemeinde selbst kann nicht Geschäftsführer sein, da nur natürliche Personen Willensträger einer juristischen Person sein können⁴⁰⁾. Die Regelung des § 72 Abs. 2 nwGO betreffend die Bestellung von gemeindlichen Vertretern steht daher im Einklang mit den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Bestellung von Geschäftsführern einer GmbH.

2) Für die Bestellung des Aufsichtsrates einer GmbH ist in § 52 Abs. 1 GmbHG auf die Vorschriften des Aktienrechts verwiesen, so daß der Gesellschaftsvertrag eine dem § 88 AktG entsprechende Bestimmung enthalten kann, die einzelnen Gesellschaftern das Ernennungsrecht für Aufsichtsratsmitglieder einräumt⁴¹⁾. Diese Regelung findet auch Anwendung bei den Gesellschaften, die nach § 77 Abs. 1 Betr. VG (Betriebsverfassungsgesetz vom 11. 10. 1952 BGBl I S. 681) einen Aufsichtsrat haben bilden müssen, obwohl in § 77 Abs. 1 S. 2 Betr. VG der § 88 AktG nicht erwähnt ist⁴²⁾.

39) BAUMBACH-HUECK, GmbH-Gesetz, 10. Aufl. Anm. 3 A c zu § 6 S. 37.

40) SCHILLING in HACHENBURG, GmbH-Gesetz, 6. Aufl. Bd. 2 Anm. 38 zu § 35 S. 18.

41) RGZ 165, 68 (70).

42) Streitig, wie hier BLANK, Weisungsrecht, S. 106 (109) unter Berufung auf NIPPERDEY, GmbH = Rundschau 1953 S. 145; DIETZ, BetrVG, 3. Aufl. Anm. 7a zu § 77 S. 784; a. M. BAUMBACH-HUECK, GmbH, 10. Aufl. Schlußanhang I Anm. A S. 360; SCHMID in HACHENBURG, GmbH-Gesetz, 6. Aufl. Bd. 2 Anhang I Anm. 10 zu § 52 S. 302; FITTING-KRAEGELOH, BetrVG, Anm. 4 zu § 77 S. 478.

c) Aktiengesellschaft

1) In Bezug auf die Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft hat § 72 Abs. 2 nwGO seine Grundlage und Entsprechung in § 88 AktG. Nach § 88 AktG kann durch die Satzung bestimmten Aktionären oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Aktien das Recht eingeräumt werden, Personen in den Aufsichtsrat zu entsenden. Gedacht ist insbesondere daran, der öffentlichen Hand eine Einflußnahme auf gemein- oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen zu sichern. Die Entsendung eines Aufsichtsratsmitgliedes geschieht durch einfache Willenserklärung des Berechtigten und Zustimmungserklärung des Entsandten gegenüber dem Vorstand oder dem Aufsichtsratsvorsitzenden der AG ⁴³⁾; damit ist das neue Mitglied "bestellt", es bedarf keiner Wahl durch die Hauptversammlung ⁴⁴⁾. Im Gegensatz zu den gewählten Mitgliedern treten die so entsandten Aufsichtsratsmitglieder nicht in ein vertragliches Verhältnis zur Aktiengesellschaft ⁴⁵⁾. Sie sind jederzeit abberufbar (§ 88 Abs. 4 AktG).

2) Soweit sich § 72 Abs. 2 nwGO auf Vorstandsmitglieder einer AG bezieht, ist er mit dem Gesetzeswortlaut des § 75 AktG, der die Bestellung der Vorstandsmitglieder regelt, unvereinbar. Nach § 75 AktG ist für die Bestellung der Vorstandsmitglieder ausschließlich der Aufsichtsrat zuständig. Ein satzungsmäßiges Recht zu Gunsten einer Gemeinde, Vorstandsmitglieder zu bestellen, wäre daher gesetzwidrig und damit nichtig ⁴⁶⁾.

43) GODIN-WILHELMI, AktG, 2. Aufl. Anm. 1 zu § 88 S. 388; SCHMIDT in Großkomm. AktG, 2. Aufl. 1. Bd. Anm. 12 u. 13 zu § 88 S. 611.

44) a. M. KÜHLTHAU, Gemeindevertreter, in Kom. pol. Bl. 1956 S. 329. Diese Meinung ist irrig, da der § 88 AktG ein echtes Sonderrecht statuiert, das unabhängig vom Willen der Hauptversammlung sein soll.

45) BAUMBACH-HUECK, AktG, 11. Aufl. Anm. 4 zu § 88 S. 337; SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI, AktG, 2. Aufl. Anm. 14 zu § 88; a. M. SCHMIDT in Großkomm. AktG, 2. Aufl. 1. Bd. Anm. 14 zu § 88 S. 611.

46) BAUMBACH-HUECK, AktG, 11. Aufl. Anm. 2 A zu § 75 S. 251 f; GODIN-WILHELMI, AktG, Übersicht zu § 75 S. 317; SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI AktG, 2. Aufl. Anm. 3 zu § 78 S. 328; SCHMIDT in Großkomm. AktG, 2. Aufl. Bd. 1 Anm. 2 zu § 75 S. 476.

Es wäre aber denkbar, daß einer Gemeinde durch die Gesellschaftssatzung ein Vorschlagsrecht für die Besetzung von Vorstandsposten eingeräumt wird. Die von der Gemeinde vorgeschlagenen Personen, beispielsweise ein Ratsmitglied, könnten dann nach den aktienrechtlichen Vorschriften vom Aufsichtsrat bestellt werden. Es fragt sich aber, ob ein so ernanntes Vorstandsmitglied noch im Sinne des § 72 Abs. 2 nwGO "bestellt" ist. Ist es dann noch weisungsgebunden und abberufbar? Hätte ein solches Vorstandsmitglied, wenn es von der Gesellschaft haftbar gemacht wird, einen Ersatzanspruch aus § 72 Abs. 3 nwGO gegen die Gemeinde?

V. Voraussetzungen für die Vertretung der Gemeinde im Sinne des § 72 Abs. 2 nwGO

a) Ansichten zu § 70 Abs. 2 DGO

Schon in der Kommentierung des § 70 Abs. 2 DGO, der dem jetzigen § 72 Abs. 2 nwGO entspricht, wurde die Frage erörtert, wann die Grundsätze des § 70 DGO auf Vertreter der Gemeinde anwendbar sind. Bei einer sehr weiten Auslegung des § 70 DGO wurde teilweise die Auffassung vertreten, daß die Grundsätze der Weisungsgebundenheit, Abberufbarkeit usw. auch auf die Personen anwendbar seien, die zwar von den dafür zuständigen gesellschaftsrechtlichen Organen gewählt bzw. bestellt worden seien, die aber ihre Mitgliedschaft auf Grund der Kapitalbeteiligung der Gemeinde⁴⁷⁾ oder kraft des politischen und wirtschaftlichen Einflusses der Gemeinde auf die Gesellschaft⁴⁸⁾ erlangt haben.

Davon ausgehend, daß bei einer Beteiligung der Gemeinde an einem wirtschaftlichen Unternehmen meist eine öffentliche Zweckbestimmung vorliegt, vertritt VOGEL⁴⁹⁾ die Ansicht, daß die Erwähnung des Entsendungsrechts mehr als ein Beispiel anzusehen sei, daß der Gesetzgeber aber die Weisung und Abberufbarkeit (§§ 70, 71 DGO) auch dann angewandt wissen wolle, wenn die öffentliche Zweckbestimmung des Unternehmens bei der

47) SUREN-LOSCHOLDER, DGO, Bd. II Anm. 2 b aa zu § 70 S. 121.

48) SCHATTENFROH, DGO, Anm. II 2 zu § 70 S. 248.

49) VOGEL, Wirtschaftseinheiten, S. 174.

Festlegung des Gesellschaftszweckes oder durch Vereinbarung besonderer Einflußrechte offenkundig gemacht worden sei. Dieser Grundsatz soll auch für die heutigen Gemeindeordnungen gelten, die den §§ 70, 71 DGO entsprechende Vorschriften enthalten.

b) Ansichten bei den Beratungen zu § 72 Abs. 2 nwGO

Auch im Beratungsausschuß des Landtages entstand bei der Beratung der nwGO zur Frage der Weisungsgebundenheit und Abberufbarkeit der durch die Gemeinde nach § 72 Abs. 2 nwGO als Organmitglieder bestellten Personen eine lebhafte Auseinandersetzung. Die Mehrzahl der Abgeordneten stellte es bei der Beantwortung der Frage darauf ab, ob das Organmitglied von der Gemeinde unmittelbar bestellt worden sei. Sei dies nicht der Fall, sei es etwa von Organen der Gesellschaft bestellt worden, so falle es nicht unter die Regelung des § 72 nwGO über die Weisungsgebundenheit, Abberufbarkeit und Haftungserleichterung⁵⁰⁾. Der Ausschuß ging aber von der falschen Voraussetzung aus, daß auch Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft vom Gemeinderat bestellt werden könnten⁵¹⁾. Hätte der Ausschuß erkannt, daß Vorstandsmitglieder einer AG ebenso wenig unmittelbar vom Rat bestellt werden können, wie Aufsichtsratsmitglieder einer Genossenschaft, so wäre der Ausschuß vielleicht zu einer anderen Beurteilung gekommen.

c) Eigene Ansicht

Eine weite Auslegung des § 72 Abs. 2 nwGO, wie sie die entsprechende Vorschrift der DGO gefunden hat, ist aber nicht möglich⁵²⁾. Einer solchen Auslegung steht der Wortlaut der Vorschrift entgegen. Durch den klaren Wortlaut wird gefordert, daß "der Gemeinde das Recht eingeräumt ist" ... jene Organe zu bestellen. Da die gesellschaftsrechtlichen Vor-

50) Vgl. Diskussion Aussch. Brtg. StB GO 12 S. 12-16 u. 18-19.

51) Aussch. Brtg. StB GO 12 S. 13-15.

52) So jetzt SUREN, Gemeindevirtschaftsrecht, Abschn. B IV 3 a, in ausdrücklicher Abweichung von der bei SUREN-LOSCHOLDER, zu § 70 DGO vertretenen Ansicht; ebenso BLANK, Weisungsrecht, in Städte-tag 1958 S. 106 (108).

schriften über die Bestellung bzw. Wahl der Gesellschaftsorgane zwingendes Recht sind, kann einer Gemeinde nur dort ein Recht eingeräumt werden, wo das Gesellschaftsrecht dies zuläßt (z.B. § 88 AktG). Der Begriff "bestellen" erfordert, daß die Bestellung der Organmitglieder durch den Rat zugleich die nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften rechtswirksame Einsetzung in die Organstellung sein muß. Wenn ein Organmitglied vom Rat nur vorgeschlagen, aber durch die dafür nach dem Gesellschaftsrecht zuständigen Organe gewählt oder berufen worden ist, dann ist dieses Organmitglied eben nicht von der Gemeinde "bestellt". Ein solches Organmitglied hat seine Rechtsstellung nicht durch die Ausübung des Bestellungsrechts der Gemeinde erlangt, sondern durch die Wahl des dafür zuständigen Gesellschaftsorgans. Ein Weisungs- und Abberufungsrecht der Gemeinde gemäß § 72 Abs. 2 nwGO kommt weder dem Wortlaut noch dem Zwecke nach zur Anwendung⁵³⁾.

VI. Weisungsgebundenheit und gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit

Die Pflichtenstellung der Ratsmitglieder, die vom Rat zur Vertretung der Gemeinde in der Gesellschaftsversammlung oder einem ähnlichen Organ bestellt (§ 72 Abs. 1 nwGO) oder als Mitglieder des Vorstandes, des Aufsichtsrates und dergl. entsandt worden sind (§ 72 Abs. 2 nwGO), ist zwiespältig. Einerseits unterliegen sie den Bestimmungen des Handelsrechts und haben die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, andererseits sind sie von der Gemeinde bestellt worden, um deren Interessen wahrzunehmen, die sich aber durchaus nicht mit den Interessen der Gesellschaft zu decken brauchen.

a) Gesellschaftsrechtliche Pflichten

In den Gesellschaftsversammlungen oder einem ähnlichen Organ üben die Ratsmitglieder als Vertreter der Gemeinde keine Funktionen besonderen rechtlichen Charakters aus. Umfang und Rahmen ihres Pflichtenkreises

53) So MUNTZKE-SCHLEMPF für die entsprechende Vorschrift der heGO a. a. O. Anm. 3 b zu § 101; ebenso Aussch. Brtg. StB GO 12 S. 13 und 15.

richten sich nach den mitgliedschaftlichen Rechten der Gemeinde ⁵⁴⁾.

Im Vorstand, Aufsichtsrat oder einem ähnlichen Organ einer Gesellschaft haben die vom Rat entsandten Ratsmitglieder die Aufgabe, das Unternehmen zu leiten oder zu beaufsichtigen. Sie haben in der Gesellschaft dieselbe Rechtsstellung und die gleiche Verantwortung wie die Mitglieder der Organe, die nach handelsrechtlichen Grundsätzen gewählt worden sind. Der Kreis der Rechte und Pflichten unterscheidet sich nicht ⁵⁵⁾. Auch sie haben bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anzuwenden.

b) Schadenersatzpflichten

Ratsmitglieder, die diese gesellschaftsrechtlichen Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet (§ 99 in Verbindung mit § 84 Abs. 2 u. 3 AktG, §§ 43 Abs. 2 u. 3, 52 GmbHG, § 34 Abs. 2 GenG).

Sowohl die Ratsmitglieder, die ihre Gemeinde in Gesellschaftsversammlungen vertreten, als auch die Ratsmitglieder, die von der Gemeinde als Mitglieder eines Vorstandes oder eines ähnlichen Organs entsandt worden sind, haften nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch gegenüber Dritten nach den allgemeinen Vorschriften des BGB und HGB. Sie haften nicht in ihrer Eigenschaft als Ratsmitglieder, sondern als rechtsgeschäftliche Vertreter der Gemeinde bzw. als Organe der Gesellschaften. Hieraus und aus der Haftungs Sonderregelung des § 72 Abs. 2 nwGO ergibt sich, daß diese Tätigkeit in wirtschaftlichen Unternehmen keine Ausübung von Hoheitsrechten im Sinne von Art. 34 GG ist und daß damit eine unmittelbare Haftung der Gemeinde aus dieser Haftungsvorschrift entfällt.

Da die Ratsmitglieder, bis auf den Fall der Vertretung der Gemeinde in Gesellschaftsversammlungen, nach außen im eigenen Namen handeln, haf-

54) z. B. § 103 AktG = Beschlußrecht; § 195 AktG = Nichtigkeit bei gesetzwidrigen Beschlüssen; § 45 ff GmbH-Gesetz = Rechte der Gesellschafter; §§ 43, 43a GenG = General- bzw. Vertreterversammlung; § 48 GenG = Zuständigkeit.

55) Vgl. die Aufzählung der Pflichten eines Aufsichtsrates bei KÜHLTHAU, Gemeindevertreter, in Kom. pol. Bl. 1956 S. 329.

ten sie der Gesellschaft oder Dritten persönlich. Für die Haftung der Ratsmitglieder ist es daher nach außen unerheblich, ob sie auf Weisung des Rates oder auf Grund eigenen Entschlusses gehandelt haben.

Neben der persönlichen Haftung ist auch eine unmittelbare Haftung der Gemeinde gegenüber der Gesellschaft für Verschulden gemeindlicher Vertreter denkbar⁵⁶⁾. Für Ratsmitglieder, welche die Gemeinde in Gesellschaftsversammlungen im rechtstechnischen Sinne vertreten, haftet die Gemeinde unter Umständen nach § 831 BGB. Für die Ratsmitglieder, die von der Gemeinde zu Mitgliedern des Vorstandes, Aufsichtsrates oder eines ähnlichen Organs auf Grund eines Entsendungsrechts bestellt worden sind, kann je nach Ausgestaltung des Entsendungsrechtes eine Haftung der Gemeinde nach § 278 BGB eintreten.

c) Weisungsgebundenheit und Abberufbarkeit

Die Gefahr, daß Ratsmitglieder aus ihrer Tätigkeit in wirtschaftlichen Unternehmen haftbar gemacht werden, ist deshalb so groß, weil sie nach § 72 Abs. 1 S. 2 nwGO an Beschlüsse des Rates oder eines Ausschusses gebunden sind. Diese Weisungsgebundenheit ist ebenso wie die jederzeitige Abberufbarkeit das Mittel der Gemeinde, ihre Interessen in den Unternehmen auf jeden Fall durchzusetzen. Bezüglich der Organe einer Aktiengesellschaft bedeuten diese Bestimmungen "einen tiefen Einbruch in die Organisationsprinzipien des Aktienrechts"⁵⁷⁾; denn für das geltende Aktienrecht gehört es zu den wesentlichsten Grundsätzen, daß sich die Geschäftsorgane von keinem anderen Gesichtspunkt leiten lassen dürfen, als dem Interesse der Gesellschaft. Ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand kann nach Aktienrecht weder dem Aufsichtsrat durch Satzung (§ 74 Abs. 1 AktG), noch der Hauptversammlung (§ 103 Abs. 2 AktG) eingeräumt werden. Auch entsandte Aufsichtsratsmitglieder dürfen in ihrer Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt werden (§ 88 AktG).

56) KUNZE-SCHMID, bwGO, Anm. III 1 zu § 88 S. 548; MUNTZKE-SCHLEMPF, heGO, Anm. VII zu § 101 S. 890; SUREN, Gemeindegewirtschaftsrecht, Abschn. B IV c Fußnote 75; a. M.: SUREN-LOSCHELDER, DGO, 2. Bd. Anm. 3 zu § 70 S. 124; KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Anm. III zu § 72.

57) BALLERSTEDT, Rechtsform, in DÖV 1951 S. 452.

Ähnliche Grundsätze bezüglich der Weisungsfreiheit gesellschaftlicher Organen gelten auch für andere Gesellschaftsformen ⁵⁸⁾.

Es wird die Auffassung vertreten, daß die Weisungen der Gemeinden den gesetzlichen Bindungen des Handels- und Aktienrechts vorgehen ⁵⁹⁾. Eine solche Weisung kann aber nur im Innenverhältnis wirken. Es Handeln gegen die gemeindliche Weisung hat auf die Rechtswirksamkeit des Gesellschaftsbeschlusses oder die Handlung der Gesellschaft keine Wirkung. Die Weisungsgebundenheit zwingt aber den gemeindlichen Vertreter gegebenenfalls auch gegen seine Überzwugung, das Interesse seiner Gemeinde über das Interesse des Unternehmens zu stellen ⁶⁰⁾. Er wird daher in erhöhtem Maße der Gefahr von Schadenersatzansprüchen ausgesetzt, weil nach den allgemeinen Grundsätzen des Handels- und Gesellschaftsrechts im Konflikt zwischen den Interessen der Gesellschaft und den Interessen eines Dritten das Interesse der Gesellschaft vorgeht ⁶¹⁾.

Der Umstand, daß die Gemeinde sich an einem Unternehmen zur beteiligen darf, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt und daher durch die Be-

58) Zur Frage der Rechtsgültigkeit der Bestimmungen des § 70 DGO bzw. § 72 nwGO, soweit sie eine (beabsichtigte) Durchbrechung der gesellschaftsrechtlichen Normen darstellen vgl. BALLERSTEDT, a.a.O. S. 452; VOGEL, Wirtschaftseinheiten, S. 171; IPSEN, Prüfungsvorschriften, in JZ 1955 S. 597 u. 599 hält diese Durchbrechung für einen "Fortschritt der Grenzregelung zwischen öffentlichem und privatem Recht." Zweifelnd zu IPSEN, aber die Frage offen lassend, KÖTTGEN, Wirtschaftliche Betätigung, S. 610. Die Problematik der Durchbrechung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften entzündete sich an dem Weisungs- und Abberufungsrecht der Gemeinden. Ob die Durchbrechung auch die Bestellung von Vorstandsmitgliedern einer AktG (vgl. S. 106) rechtfertigt, wird nicht erwähnt.

59) LAURITZEN, Selbstverwaltung, Erl. 2 zu § 85; MUNTZKE-SCHLEMPF, heGO, Anm. IV zu § 101; SALZMANN-SCHUNCK, rhpGO, Erl. 5 zu § 80 S. 241; SUREN-LOSCHOLDER, DGO, 2. Bd. Erl. 2 b bb ß.

60) Aus der Unzumutbarkeit, die sich aus einer solchen Konfliktsituation möglicherweise ergebenden Zivilprozesse oder gar strafrechtliche Folgen zu erdulden, folgert SUREN, Gemeindegewirtschaftsrecht, Abschn. B IV Anm. 4 b, daß eine solche Tätigkeit in wirtschaftlichen Unternehmen abgelehnt werden könne.

61) RGZ 165, 68 (80 f); RG in JW 1932 S. 2279; STAUB-PINNER, HGB, 14. Aufl. Bd. 2 Anm. 2 e zu § 243 S. 372; SCHMIDT in Großkomm. AktG 2. Aufl. Bd. 1 Anm. 16 zu § 88 S. 612.

teilung der Gemeinde eine öffentliche Zweckbestimmung des Unternehmens erfolgt, deutet auf die Grenze der Weisungsbefugnis hin. Jede Weisung muß am öffentlichen Interesse orientiert sein. Sie hat dort ihre Grenzen, wo sie durch den erkennbaren öffentlichen Zweck des Unternehmens nicht mehr gerechtfertigt ist ⁶²⁾. Von hier aus betrachtet, schrumpft die für möglich gehaltene große Diskrepanz zwischen den Interessen der Gemeinde und den Gesellschaftsinteressen auf ein erträgliches Maß zusammen.

d) Freistellung von der Haftung durch die Gemeinde nach § 72 Abs. 3 nwGO

Als Ausgleich für die Weisungsgebundenheit ist es billig, daß die Gemeinde gemäß § 72 Abs. 3 nwGO ihre Vertreter von einer Schadenersatzpflicht freistellen muß, wenn sie aus ihrer Tätigkeit in einem wirtschaftlichen Unternehmen haftbar gemacht worden sind. Ohne diese Bestimmung wären die Vertreter den persönlichen Haftungsrisiken ausgesetzt, die insbesondere daraus entstehen, daß sie als Vertreter der Gemeinde weisungsgebunden sind und zugleich als Mitglied eines Gesellschaftsorgans besonderen Sorgfaltspflichten unterliegen ⁶³⁾.

Der § 72 Abs. 3 nwGO lautet:

"Werden die von der Gemeinde bestellten Personen aus dieser Tätigkeit haftbar gemacht, so hat ihnen die Gemeinde den Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß sie ihn vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Auch in diesem Falle ist die Gemeinde schadenersatzpflichtig, wenn die von der Gemeinde bestellten Personen nach Weisung des Rates und seiner Ausschüsse gehandelt haben."

62) BALLERSTEDT, Rechtsform, in DÖV 1951 S. 452; VOGEL, Wirtschaftseinheiten, S. 177.

63) Im Preuß. Gemeindefinanzgesetz v. 15. 12. 1933 (GS S. 442) wurde in § 101 zum ersten Mal der Grundsatz der Haftungsübernahme durch die Gemeinde für die von ihr bestellten weisungsgebundenen Aufsichtsratsmitglieder aufgestellt. Ebenso wie schon nach den DBG v. 1937 hat nach § 67 Bundesbeamtengesetz v. 14. 7. 1953 (BGBl. I S. 551) in der Neufassung v. 18. 9. 1957 (BGBl. I S. 1337), ein "Beamter, der aus einer auf Verlangen, Vorschlag oder Veranlassung seines Dienstvorgesetzten übernommenen Tätigkeit im Vorstand, Aufsichtsrat, Verwaltungsrat oder in einem sonstigen Organ einer Gesellschaft oder Genossenschaft oder eines in einer anderen Rechtsform betriebenen Unternehmens, haftbar gemacht wird, gegen seinen Dienstherrn einen Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens."

Aus der Formulierung "bestellte Personen" ergibt sich, daß dieser Absatz sowohl die Vertretung der Gemeinde in Gesellschaftsversammlungen oder entsprechenden Organen, als auch die Mitgliedschaft im Vorstand, Aufsichtsrat oder einem ähnlichen Organ umfaßt ⁶⁴⁾.

Zweifel tauchen auf, ob auch die auf Grund eines Vorschlagsrechts der Gemeinde von den zuständigen Organen der Gesellschaft gewählten Organmitglieder den Haftungsschutz genießen, weil sie ja nach der hier vertretenen Auffassung (vgl. oben S.109) keine von der Gemeinde bestellten Personen sind. Dem Sinn der Vorschrift läuft es aber nicht zuwider, hinsichtlich des Haftungsschutzes keinen Unterschied zu machen, ob diese Gemeinderatsmitglieder direkt vom Rat bestellt oder nur vorgeschlagen worden sind. Denn der Zweck der Haftungsübernahme liegt doch darin, alle Personen, die auf Veranlassung der Gemeinde und in deren Interesse den Haftungsrisiken unterworfen sind, von diesem Risiko zu befreien ⁶⁵⁾. Dieser Grundsatz kommt auch in § 67 BBG zum Ausdruck, denn eine Haftungsübernahme findet statt, wenn der Beamte auf "Verlangen, Vorschlag oder Veranlassung" seines Dienstvorgesetzten ein entsprechendes Amt in einem Wirtschaftsunternehmen übernommen hat. Die ndsGO geht noch einen Schritt weiter und bestimmt in § 92 Abs.4, daß der haftbar gemachte Vertreter einen Regreßanspruch gegen die Gemeinde hat, auch wenn er nur mit Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zum Rat der Gemeinde in Organe von Wirtschaftsunternehmen gewählt worden ist.

Ein von der Gemeinde bestelltes Ratsmitglied hat also gegen die Gemeinde einen Ersatzanspruch

- a) wenn es den Schaden nicht vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat,
- b) wenn es den Schaden zwar vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat, dabei aber nach Weisung des Rates oder eines Ausschusses gehandelt hat.

64) Um dies ausdrücklich klarzustellen, wurde in den Ausschlußberatungen mit Absicht die von der DGO und den meisten anderen Gemeindeordnung für die entsprechende Vorschrift verwandte Formulierung "Vertreter der Gemeinde" in "bestellte Personen" abgeändert. Aussch. Brtg.StB GO 12 S.17-22.

65) SUREN, Gemeindewirtschaftsrecht, Abschn.B IV 5 a.

Die Begriffe Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit sind nach bürgerlichem Recht anzuwenden ⁶⁶⁾. Für die an einem schadenstiftenden Weisungsbeschluß mitwirkenden Rats- oder Ausschußmitglieder ergibt sich evtl. eine Regreßpflicht gegenüber der Gemeinde nach § 30 Abs. 3 nwGO ⁶⁷⁾.

66) Eine Übersicht dazu bei SUREN, a.a.O. Abschn. D XII Anm. 14 c.

67) HEUN, Kommunale Gesellschaften, in Kom.pol. Bl. 1953 S. 175;
KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. III zu § 72 S. 352; SUREN, a.a.O.
Abschn. V IV 5 c Fußn. 77.

Zweiter Teil

Die Innenhaftung

(Haftung der Ratsmitglieder gegenüber der Gemeinde)

I. Kapitel: Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Rechtszustand

§ 12 Die Rechtslage nach früheren Gemeindeordnungen

Die Vorschrift des § 30 Abs. 3 nwGO regelt die Haftung der Ratsmitglieder gegenüber der Gemeinde. Erleidet die Gemeinde infolge eines Beschlusses des Rates einen Schaden, so haften die Ratsmitglieder, wenn sie "in vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Verletzung ihrer Pflicht gehandelt haben" (§ 30 Abs. 3 Lit. a), wenn sie "bei der Beschlußfassung mitgewirkt haben, obwohl sie nach dem Gesetz hiervon ausgeschlossen waren und ihnen der Ausschlußgrund bekannt war" (§ 30 Abs. 3 Lit. b) oder wenn sie "der Bewilligung von Ausgaben zugestimmt haben, für die das Gesetz oder die Haushaltssatzung eine Ermächtigung nicht vorsieht, wenn nicht gleichzeitig die erforderlichen Deckungsmittel bereitgestellt werden" (§ 30 Abs. 3 Lit. c).

I. Städteordnungen und DGO

Eine solche Haftungsvorschrift war im deutschen Kommunalrecht vor der Umgestaltung der DGO durch die alliierten Besatzungsmächte unbekannt. Nach den vor 1935 geltenden Städteordnungen und Gemeindeverfassungsgesetzen wurden die Gemeindevertreter als Mandatsträger angesehen ¹⁾; sie waren keine Beamten ²⁾. Entsprechend dieser Rechtsstellung konnten sie weder von ihren Wählern noch von den Gemeinden mit einer Schadensersatzforderung in Anspruch genommen werden, "weil angeblich ihre Beschlüsse einzelne Personen oder die Stadtgemeinde geschädigt haben." ³⁾ Das Fehlen von Haftungsvorschriften für die Gemeindevertreter gegenüber

1) STIER-SOMLO, Hdb. d. Komm. VerfR in Preußen, 2. Aufl. § 33 II S. 270.

2) Pr. OVG Bd. 25 S. 417; Bd. 77 S. 520.

3) STIER-SOMLO, a. a. O. § 33 II S. 273.

der Gemeinde ergibt sich aus dem Aufbau der damals geltenden Gemeindeverfassungen. Die Gemeindevertreter hatten nur einen repräsentativen Status und waren nicht direkt an der Verwaltung beteiligt. Die Gemeindeverwaltung lag in den Händen von Verwaltungsbeamten, die den allgemeinen beamtenrechtlichen Haftungsbestimmungen unterlagen.

Auch die Deutsche Gemeindeordnung von 1935 enthielt keine allgemeinen Bestimmungen über die Haftung der Gemeinderäte. Da die Gemeindeverwaltung ausschließlich in der Hand des Bürgermeisters lag (§ 32 DGO) und die Gemeinderäte nur beratende Funktionen hatten (§§ 48, 55 DGO), erübrigten sich solche Haftungsbestimmungen. Aus diesem Grunde konnten auch die besonderen Haftungs Vorschriften der §§ 92, 93 DGO, die die Haftung der Beamten und Angestellten gegenüber der Gemeinde für Verstöße gegen die Haushaltsvorschriften festlegten, auf Gemeinderäte keine Anwendung finden, obwohl die Gemeinderäte Ehrenbeamte waren (§ 53 DGO). Übte aber ein Gemeinderatsmitglied, etwa als stellvertretender Bürgermeister, beschließende oder ausführende Funktionen aus, so haftete es für Pflichtverletzungen gegenüber der Gemeinde nach § 23 DBG und gegebenenfalls nach den Sondervorschriften der §§ 92, 93 DGO ⁴⁾.

II. Haftungs Vorschriften in der rev. DGO

Die im Jahre 1946 von der Militärregierung nach dem Vorbild der englischen Gemeindeverfassung vorgenommene Umgestaltung der DGO brachte als Konsequenz zu der Allzuständigkeit des Gemeinderates in Verwaltungsangelegenheiten (§§ 6, 32 rev. DGO) eine Vorschrift über die Haftung der Gemeinderäte gegenüber der Gemeinde bei schuldhafter Verletzung ihrer Pflichten (§ 33 Abs. 3 rev. DGO) ⁵⁾.

4) SUREN-LOSCHOLDER, DGO, 2. Bd. § 92 Anm. 4.

5) § 33 Abs. 3 rev. DGO: "Erleidet die Gemeinde infolge eines von dem Rat gefaßten Beschlusses einen Schaden, so können Gemeinderäte für einen solchen Schaden nicht auf Grund der Tatsache persönlich haftbar gemacht werden, daß sie dem Beschluß zugestimmt haben oder daß sie an der den Beschluß fassenden Versammlung teilgenommen haben oder ihr ferngeblieben sind, es sei denn, daß sie in bösem Glauben oder in schuldhafter Verletzung ihrer Pflichten als Gemeinderäte oder in Verletzung der Vorschriften des § 25 gehandelt haben. Die Vorschrift des § 111 bleibt unberührt."

Eine solche allgemeine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeinderatsmitglieder hatte damit zum ersten Mal Eingang in das deutsche Kommunalrecht gefunden. Die Sondervorschriften über die Schadenersatzpflicht bei Verstößen gegen die Bestimmungen über den Gemeindehaushalt (§ 92 rev. DGO) sowie über die Schadenersatzpflicht bei der Zustimmung zu unstatthaften Ausgaben (§ 111 rev. DGO) waren schon in ähnlicher Form in der DGO enthalten; sie wurden nun auf die Ratsmitglieder ausgedehnt.

§ 13 Die Bedeutung des § 30 Abs. 3 nwGO

I. Allzuständigkeit und Verantwortlichkeit

Die im Jahre 1952 geschaffene Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen lehnt sich in ihrer verfassungsrechtlichen Struktur an die rev. DGO von 1946 an. Nach § 28 nwGO ist der Rat der Gemeinde für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung zuständig. Die Ratsmitglieder, die an Aufträge nicht gebunden sind, werden in ihrer Handlungsfreiheit nur begrenzt durch die Pflicht, "in ihrer Tätigkeit ausschließlich nach dem Gesetz und ihrer freien, nur durch Rücksicht auf das öffentliche Wohl bestimmten Überzeugung zu handeln" (§ 30 Abs. 1 nwGO). Diese Freiheit der Ratsmitglieder wird begrenzt durch Amtspflichten (§ 30 Abs. 2 nwGO), die eigentlich dem repräsentativen Status wesensfremd sind. Um die Grenze der Handlungsfreiheit der Ratsmitglieder vor Überschreitungen zu sichern, wurde in § 30 Abs. 3 nwGO die schon in der rev. DGO festgelegte Schadenersatzpflicht in gemilderter Form übernommen. Die Haftungsvorschrift des § 30 Abs. 3 Lit. c nwGO entspricht in etwa den Haftungsbestimmungen der §§ 92, 111 rev. DGO.

Zwischen der Allzuständigkeit des Rates und der Schadenersatzpflicht der Ratsmitglieder besteht ein enger Zusammenhang. In der neuen GO hat der Rat neben seinem ursprünglichen Satzungsrecht, - dem die parlamentarischen Strukturelemente des Rates entsprechen (§ 30 Abs. 1 nwGO), - die Aufgabe, als oberstes Verwaltungsorgan die Gemeinde zu verwalten. Um dazu in der Lage zu sein, mußte der Rat amtsrechtliche Strukturelemente haben (§ 30 Abs. 2 u. 3 nwGO). Bisher war die Wahrnehmung verwaltungsmäßiger Aufgaben durch eine parlamentarisch organisierte Kör-

perschaft dem deutschen Gemeinderecht unbekannt. Nachdem aber nun der Rat der eigentliche Träger der Verwaltung geworden ist, sollen sowohl die Pflichten des § 30 Abs. 2 S. 2 nwGO, als auch die Haftungsvorschriften einen Schutz für die Verwaltungsbelange der Gemeinde bilden. In den Beratungen zur Gemeindeordnung waren die Haftungsvorschriften des § 30 Abs. 3 nwGO nicht unbestritten. Es wurde aber auch dort darauf hingewiesen, daß sie sich aus dem System der Gemeindeverfassung notwendig ergeben und dem Schutz der Gemeinde dienen⁶⁾. Bedenkt man, daß die Gemeinde- wahlen weitgehend parteipolitisch beeinflußt sind und daher der Gemeinde- rat ein nach parteipolitischen Gesichtspunkten zusammengesetztes "Ge- meindeparlament" ist, und daß dieses so zusammengesetzte Kollegium Ver- waltung ausüben soll, so ist die Haftungsvorschrift des § 30 Abs. 3 nwGO nur das notwendige Korrelat zum freien Mandat nach § 30 Abs. 1 nwGO.

Wenn auch die Haftungsvorschriften im einzelnen nicht allzu häufig Anwen- dung finden werden, allein ihr Vorhandensein ist schon geeignet, das Ver- antwortungsbewußtsein der Ratsmitglieder zu stärken⁷⁾.

II. § 30 nwGO als Kennzeichen einer Statusänderung

KÖTTGEN hat verschiedentlich darauf hingewiesen, daß in den Kommunal- verfassungen eine eigentümliche Grenzverflüssigung im Verhältnis von Amtsrecht und Parlamentsrecht festzustellen ist⁸⁾. Dieser Vorgang spie- gelt sich besonders deutlich im § 30 nwGO wider. In Abs. 1 wird für die Ratsmitglieder die klassische Formel des repräsentativen Parlamentaris- mus in Anlehnung an Art. 38 GG übernommen⁹⁾. In Abs. 2 S. 1 wird dieser

6) Pl. Brtg. StB 50. Sitzung S. 1849 A; Pl. Brtg. StB 62. Sitzung S. 2308 C.

7) ALTHAUS, Recht der Gemeinde, 1957 S. 95 bestreitet die Notwendigkeit einer solchen Haftungsvorschrift, da in den meisten Gemeindeordnun- gen den Vollzugsorganen die Beanstandung von rechtsverletzenden Be- schlüssen zur Pflicht gemacht ist, für deren Verletzung sie haftbar ge- macht werden können.

8) KÖTTGEN, Statusinhaber, S. 195 u. S. 206; KÖTTGEN, Gemeindever- fassungsrecht, in KommHdb. Bd. 1 § 46, 4 S. 367; KÖTTGEN, Innere Struktur, in DVBl 1952 S. 421.

9) Das LG Düsseldorf (Urteil v. 27. 5. 1956 in DVBl 1957 S. 31) äußert Be- denken, ob der verfassungsrechtliche Grundsatz des freien Mandats auch für Ratsmitglieder gilt.

repräsentative Status durch die ausdrückliche Feststellung bestätigt, daß die Ratsmitglieder weder Ehrenbeamte sind, noch ehrenamtlich tätig werden. Durch Verweisung (Abs. 2 S. 2) auf die für ein Ehrenamt maßgeblichen Vorschriften, insbesondere die Verschwiegenheits- und Treupflicht und ferner durch die Schadenersatzpflicht bei Pflichtverletzungen (Abs. 3), wird der repräsentative Status mit amtsrechtlichen Elementen angereichert und dadurch verändert. Gerade die Ersatzpflicht der Ratsmitglieder wird zum Beweise dafür herangezogen, daß sich die Stellung des Gemeinderates dahin gewandelt hat, daß er funktionell kein Parlament ¹⁰⁾ ist, und daß die Ratsmitglieder sich einem beamtenähnlichen Status nähern ¹¹⁾.

Diese eigentümliche Mischform, zu der der Gemeinderat durch Verbindung von parlamentsrechtlichen und amtsrechtlichen Elementen ¹²⁾ geworden ist, hat seine Ursache in der Erweiterung der Zuständigkeiten des Rates. Um die Aufgaben als oberstes Verwaltungsorgan technisch und politisch erfüllen zu können, mußte der repräsentative Status der Ratsmitglieder, dem ursprünglich Pflichten wesensfremd waren, durch die Pflichten, wie sie in Abs. 2 und 3 des § 30 nwGO festgelegt sind, überlagert werden.

II. Kapitel: Die Haftung nach § 30 Abs. 3 nwGO

=====

§ 14 Aufbau der Vorschrift

Die Haftungsvorschrift des § 30 Abs. 3 nwGO ist in der Weise aufgebaut, daß der Buchstabe a des Abs. 3 den allgemeinen Tatbestand einer Pflichtverletzung umfaßt und die Buchstaben b und c Sondertatbestände enthalten.

Nach Buchstabe b haftet ein Ratsmitglied für den durch einen Beschluß verursachten Schaden, wenn das Ratsmitglied bei einer Interessenkollision trotz des Mitwirkungsverbotes des § 23 nwGO an dem Beschluß mitgewirkt hat und ihm der Ausschließungsgrund bekannt war. Da aus dem Mitwir-

10) LVG Düsseldorf zitiert in BVerfGE 6, 104 (113).

11) OVG Münster AS Bd. 9 S. 92 (96).

12) ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, 2. Aufl. S. 198;
KÖTTGEN, Innere Struktur, in DVBl 1952 S. 422.

kungsverbot des § 23 nwGO für die Ratsmitglieder, die durch die Interessenkollision betroffen werden, die Pflicht folgt, sich jeglicher Mitwirkung, ja sogar der Anwesenheit bei der Beratung und Beschlußfassung zu enthalten¹³⁾, fällt dieser Sondertatbestand eigentlich schon unter den allgemeinen Haftungstatbestand des Buchstaben a des § 30 Abs. 3 nwGO. Die Haftung wird aber für den Fall der Mitwirkung bei Interessenwiderstreit gemildert, da ein Ratsmitglied nur dann haftet, wenn ihm der Ausschließungsgrund bekannt war. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, daß fahrlässige oder grobfahrlässige Unkenntnis des Ausschließungsgrundes nicht ausreicht¹⁴⁾. Dieser Sondertatbestand ist daher auf eine vorsätzliche Pflichtverletzung beschränkt.

Nach dem Sondertatbestand des Buchstabens c haften Ratsmitglieder auf Schadenersatz, falls sie der Bewilligung von Ausgaben zugestimmt haben, für die das Gesetz oder die Haushaltssatzung eine Ermächtigung nicht vorsieht, wenn nicht gleichzeitig die erforderlichen Deckungsmittel bereitgestellt werden. Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit den §§ 84, 86 Abs. 4, 87 Abs. 2 und 93 nwGO zu sehen, die den bestimmenden Einfluß des Rates auf den Haushaltsplan und das Finanzgebaren der Gemeinde festlegen. In den Beratungen zur Gemeindeordnung wurde immer wieder auf den Schutzcharakter dieser Haftungsvorschrift hingewiesen¹⁵⁾. Sie soll dazu beitragen, daß der Rat über eine verantwortungsbewußte und ausgeglichene Finanzwirtschaft der Gemeinde wacht. Gerade weil im allgemeinen eine Abneigung der Ratsmitglieder dagegen besteht, sich in die trockenen und oft schwierigen finanz- und haushaltsrechtlichen Probleme zu vertiefen, und weil nur zu leicht die Gefahr besteht, daß über den Haushaltsplan hinaus eine bestimmte Ausgabe, für die keine Deckung vorhanden ist, nur aus politischen Gründen bewilligt wird, hilft diese Haftungsvorschrift Propa-

13) FECHTRUP, Sachkundige Bürger, S. 45; NEUMANN, Rechtsstellung, S. 68; KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. IV zu § 23 vertritt die Ansicht, daß dies nur für nichtöffentliche Sitzungen gelte.

14) KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. III zu § 30; HURST, Haftung, in Die Gemeinde 1962 S. 131; a. M. HALTERMANN, Haftung, in SKV 1956 S. 207.

15) Aussch. Brtg. StB GO 17 S. 37; 42 S. 23; Pl. Brtg. StB 62. Sitzung S. 2323 D.

gandaanträge und Wahlgeschenke im Kleinen zu verhindern. Ebenso wie der § 111 rev.DGO, dessen Grundgedanke der § 30 Abs.3 Buchstabe c nwGO aufgenommen hat, setzt diese Vorschrift kein Verschulden voraus ¹⁶⁾.

§ 15 Voraussetzungen der Haftung nach § 30 Abs.3 nwGO

Die einzelnen Haftungsvoraussetzungen des § 30 Abs.3 nwGO scheinen in der Gemeindeordnung klar und deutlich aufgezählt zu sein. Aber es ergeben sich doch eine Reihe von Zweifelsfragen, zu deren Klärung die folgende Untersuchung beitragen soll.

I. Beschluß

a) Ratsbeschluß

Eine Schadenersatzpflicht nach § 30 Abs.3 nwGO tritt nur ein, wenn der Schaden "infolge eines Beschlusses des Rates" entstanden ist. Hierunter fallen zunächst die förmlichen Ratsbeschlüsse, die in einer ordnungsgemäßen Ratssitzung zustande gekommen sind und die einen bestimmten, rechts-erheblichen Willen der Gemeinde zum Ausdruck bringen. Aber auch die Ratsbeschlüsse, die unter Verletzung formeller Vorschriften (§§ 33, 35 nwGO) zustande gekommen sind, können dann eine Schadenersatzpflicht begründen, wenn die übrigen Voraussetzungen der Haftung hinzukommen. Es ist nicht notwendig, daß der haftungsbegründende Ratsbeschluß auch gesetzwidrig ist; im öffentlich-rechtlichen Bereich wird er das zwar immer sein, nicht dagegen, wenn die Gemeinde auf privatrechtlichem Gebiet tätig wird. Erklärungen, Empfehlungen und Entschließungen des Rates, die keine rechtlichen Wirkungen haben sollen, sind keine Ratsbeschlüsse im Sinne des § 30 Abs.3 nwGO und sind daher nicht geeignet, eine Schadenersatzpflicht zu begründen. Sie sind es auch dann nicht, wenn die Gemeinde wegen einer geschäftsschädigenden Erklärung des Rates auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird und dadurch die Gemeinde einen Schaden

16) Für § 111 rev.DGO streitig: LEDERER, Haftung, in Bayer.Bgm. 1949 S. 7; ODENBREIT, rev.DGO, 5. -7. Aufl. Erl. zu § 111 hält Verschulden zur Haftbarmachung für notwendig.

erleidet. Ebenso wenig kann aus einem Nichttätigwerden des Rates eine Schadenersatzpflicht begründet werden, wenn sich etwa Verhandlungen vor dem Rat solange hinziehen, daß die Gemeinde dadurch einen Schaden erlitten hat, weil der entscheidende Beschluß gar nicht oder zu spät gefaßt worden ist. Läßt sich dagegen nachweisen, daß die Ratsmitglieder vorsätzlich oder grobfahrlässig eine rechtzeitige Beschlußfassung verhindert haben, so ist eine Schadenersatzpflicht denkbar ¹⁷⁾. Zwar steht dem der Wortlaut des Gesetzes entgegen, der als Voraussetzung für die Ersatzpflicht einen Ratsbeschluß fordert. Aus dem Schutzgedanken, der hinter dem § 30 Abs. 3 nwGO steht, muß aber gefolgert werden, daß auch in diesen Fällen eine Haftung gegeben ist; denn wenn die Haftungsbestimmungen schadenstiftende Beschlüsse der Ratsmitglieder verhüten sollen, so müssen diese Bestimmungen auch das Hintertreiben von schadenverhütenden Beschlüssen unmöglich machen ¹⁸⁾.

b) Ausschußbeschluß

Nach § 42 Abs. 1 S. 5 nwGO finden die für den Rat geltenden Bestimmungen auf die Ausschußmitglieder und auf das Verfahren in den Ausschüssen entsprechende Anwendung. Wenn also die Gemeinde infolge eines Ausschußbeschlusses einen Schaden erleidet, haften die Ausschußmitglieder entsprechend § 30 Abs. 3 nwGO ¹⁹⁾. Da nach § 42 Abs. 2 nwGO neben Ratsmitgliedern auch andere zum Rat wählbare sachkundige Bürger zu Mitgliedern von Ausschüssen - mit Ausnahme des Haupt-, des Finanz- und des Rechnungsprüfungsausschusses - bestellt werden können und sie die gleichen Rechte und Pflichten, insbesondere das Stimmrecht ²⁰⁾ haben, haften also auch sachkundige Bürger wie Ratsmitglieder nach § 30 Abs. 3 nwGO ²¹⁾. Eine Haftung der Ausschußmitglieder kann nur bezüglich solcher Beschlüsse eintreten, die von einem Ausschuß mit Entscheidungsbefugnis (§ 28 Abs. 2 nwGO) anstelle des Rates getroffen worden sind ²²⁾. Weil Beschlüsse

17) HALTERMANN, Haftung, in SKV 1956 S. 207.

18) HALTERMANN, a.a.O.

19) KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. III zu § 30; HURST, Haftung, in Die Gemeinde 1962, S. 131.

20) FECHTRUP, Sachkundige Bürger, S. 30.

21) FECHTRUP, a.a.O. S. 53.

22) KOTTENBERG, a.a.O.; ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, 2. Aufl. S. 200; FECHTRUP, a.a.O. S. 53; HALTERMANN, a.a.O. S. 207; HURST a.a.O.

der Ausschüsse, die nur beratende und vorbereitende Aufgaben für den Rat wahrnehmen, nur Vorschläge an den Rat sind, an die dieser nicht gebunden ist, sondern völlig frei und unabhängig in eigener Verantwortung entscheidet, kann ein Schaden nicht infolge eines solchen Ausschlußbeschlusses eintreten. Eine vermögensrechtliche Haftung trifft nur denjenigen, der die Verantwortung für die endgültige Entscheidung trägt; dies sind nicht die beratenden Ausschüsse, sondern der Gemeinderat.

c) Dringlichkeitsentscheidung

Zweifelhaft ist jedoch, wer nach § 30 Abs. 3 nwGO haftbar gemacht werden kann, wenn der Hauptausschuß in einer Angelegenheit entschieden hat, die zwar der Beschlußfassung des Rates unterliegt, die aber keinen Aufschub duldete (§ 43 Abs. 1 S. 1 nwGO) oder wenn in einem Fall "äußerster Dringlichkeit" der Bürgermeister mit einem Ratsmitglied entschieden hat (§ 43 Abs. 1 S. 3 nwGO)²³⁾. Im ersten Fall wird eine solche Dringlichkeitsentscheidung immer ein Beschluß sein. Entscheiden Bürgermeister und ein Ratsmitglied, so hat diese Entscheidung die Wirkung eines Beschlusses (§ 43 Abs. 1 S. 5 nwGO)²⁴⁾. In jedem Fall muß dem Rat in seiner nächsten Sitzung eine solche Entscheidung zur Genehmigung vorgelegt werden (§ 43 Abs. 1 S. 4 nwGO). Die Haftung geht auf den Rat über, wenn er eine solche Entscheidung genehmigt hat. Der Rat kann eine Dringlichkeitsentscheidung aufheben, sofern nicht schon Rechte anderer durch die Ausführung des Beschlusses entstanden sind (§ 43 Abs. 1 S. 5 nwGO). Hebt der Rat eine solche Entscheidung auf, so bleibt die Verantwortung beidenjenigen, die die Eilentscheidung getroffen haben. Für die Zeit der Wirksamkeit der Entscheidung haften daher der Hauptausschuß bzw. der Bür-

23) Zur Frage, wann Dringlichkeitsentscheidungen möglich sind vgl. OVG Münster Urt. v. 30. 9. 1959 = KOTTENBERG-STEFFENS, RSp. Entsch. Nr. 1 zu § 43; KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. III zu § 43.

24) Vgl. § 43 Abs. 1 S. 5: "Er kann die Dringlichkeitsentscheidung aufheben, soweit nicht schon Rechte anderer durch die Ausführung des Beschlusses entstanden sind".

germeister mit einem Ratsmitglied ²⁶⁾.

Diese Auffassung wird durch eine Entscheidung des OVG Münster ²⁷⁾ gestützt, in welcher das Gericht die Gefahr des Mißbrauchs des § 43 nwGO dadurch für begrenzt hält, daß der Rat eine Dringlichkeitsentscheidung aufheben kann "und im übrigen die an der Beschlußfassung nach § 43 GO beteiligten Personen ²⁸⁾ im eigenen Interesse, um ihre persönliche Haftung zu vermeiden, das Vorliegen des Dringlichkeitsfalles sorgfältig prüfen werden."

Damit ist aber auch die Anwendungsmöglichkeit der Haftungsvorschrift des § 30 Abs. 3 nwGO erschöpft. Insbesondere tritt nach dieser Vorschrift keine Haftung ein, wenn durch die Handlung eines einzelnen Ratsmitgliedes die Gemeinde einen Schaden erleidet ²⁹⁾. Bei Verletzung des Mitwirkungsverbotes kann nach § 30 Abs. 3 Lit b nwGO auch durch eine individuelle Pflichtverletzung eine Haftung begründet werden. Der Schaden muß aber auch hier auf den Beschluß zurückgehen, der infolge des Mitwirkungsverbotes zustande gekommen ist. Ob in den anderen Fällen einer individuellen Pflichtverletzung eine Haftung nach zivilrechtlichen Haftungsvorschriften gegeben ist, sei an dieser Stelle dahingestellt, da diese Frage in einem besonderen Abschnitt untersucht wird ³⁰⁾.

26) HALTERMANN, a.a.O. bzgl. des Bürgermeisters und eines Ratsmitgliedes; dagegen hält KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. III zu § 30 die Auffassung für "bedenklich und zu weitgehend". BERKENHOFF, Kommunalverfassungsrecht, S. 78, will die an einer Dringlichkeitsentscheidung beteiligten Ratsmitglieder nur bei vorsätzlicher Schadenszufügung haften lassen, da wegen des Zeitdruckes einer solchen Entscheidung die Abgewogenheit ihres Urteils beeinträchtigt sei.

27) Vgl. Anm. 23.

28) In dem zur Entscheidung anstehenden Fall hatte ein Oberbürgermeister mit einem Ratsmitglied eine Eilentscheidung getroffen.

29) In Niedersachsen können die Gemeinden einen Schaden, der durch die Handlung eines einzelnen Ratsmitgliedes verursacht worden ist, nach § 43 ndsGO geltend machen, da diese Haftungsvorschrift auf pflichtwidrige Handlungen allgemein abstellt.

30) Vgl. S. 167 ff.

II. Mitwirkung

Ein Ratsmitglied haftet nur dann, wenn es an dem schadenstiftenden Beschluß mitgewirkt hat. Obwohl § 30 Abs. 3 nwGO das Verhältnis der Ratsmitglieder zu ihrer Gemeinde regelt und damit zum öffentlichen Recht gehört, ist der im Zivilrecht geltende Grundsatz, daß es eine Haftung eines Kollegiums als solchen nicht gibt, hier anzuwenden. Zwar können die Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht unmittelbar auf öffentliche Rechtsverhältnisse angewendet werden ³¹⁾, aber es gibt im bürgerlichen Recht allgemeine Rechtssätze und Rechtsgedanken, die unverändert oder angepaßt in der gesamten Rechtsordnung, auch im öffentlichen Recht Geltung haben ³²⁾. Zu diesen gehört auch der oben genannte Grundsatz. Da darüber hinaus die Haftungsvorschrift des § 30 Abs. 3 nwGO deutliche Anlehnung an die haftungsrechtlichen Grundsätze des Zivilrechts zeigt ³³⁾, gilt daher auch für § 30 nwGO, daß ein Kollegium als solches nicht haftet.

Ein Ratsmitglied oder Ausschußmitglied haftet also nicht schon wegen der Tatsache, daß es Teilnehmer der Ratsversammlung oder Ausschußsitzung war, die den schadenstiftenden Beschluß gefaßt hat, es muß der Beschluß vielmehr auf sein Verhalten zurückzuführen sein ³⁴⁾. Es können daher nur die Ratsmitglieder haftbar gemacht werden, die an dem Zustandekommen des Beschlusses mitgewirkt haben, durch den die Gemeinde einen Schaden erlitten hat. Aber wann hat ein Ratsmitglied an einem solchen Beschluß mitgewirkt?

Nach dem Wortlaut des § 33 Abs. 3 rev. DGO konnte die Tatsache der Mitwirkung an einem solchen Beschluß durch positive Zustimmung, durch Teilnahme an der beschlußfassenden Versammlung oder durch Fernblei-

31) RGZ 110, 294; 148, 269; PETERS, Lehrbuch, S. 156; ECKERT, Leistungsstörungen, in DVB1 1962 S. 1114.

32) PETERS, a. a. O.; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, 7. Aufl. S. 370; ECKERT, a. a. O.

33) So auch für die Haftungsvorschrift in der ndsGO, LINDEMANN, ndsGO, Anm. X zu § 43.

34) RGZ 89, 13 (14): "Eine Haftung des Amtsrichters ist aber nicht schon deshalb gerechtfertigt, weil er Mitglied des den Beschluß erlassenden Schöffengerichts war, sondern nur, wenn der gesetzwidrige Beschluß auf sein Verhalten zurückzuführen ist." Vgl. auch RG Ur. v. 17. 3. 1928 in HRR 1928 Nr. 1243.

ben von ihr noch keine Haftung begründen, es sei denn, daß die Ratsmitglieder in vorsätzlicher oder fahrlässiger Pflichtverletzung gehandelt hätten³⁵⁾. Eine Mitwirkung wurde also außer in positiver Zustimmung auch in der widerspruchslosen Teilnahme (Stimmenthaltung), ja sogar im Fernbleiben von der beschlußfassenden Versammlung für möglich gehalten. Das subjektive Tatbestandsmerkmal des Verschuldens war das notwendige Regulativ, um ungerechte Ergebnisse zu vermeiden.

In der Haftungsbestimmung der nwGO ist eine Aufzählung von Mitwirkungsmöglichkeiten nicht mehr enthalten. - Selbstverständlich haben alle Ratsmitglieder an dem schadenstiftenden Beschluß mitgewirkt, die in der Abstimmung für diesen Beschluß gestimmt haben. Ebenso selbstverständlich haben alle Ratsmitglieder, die gegen den Beschluß gestimmt haben, nicht an seinem Zustandekommen mitgewirkt, sie haben ihm entgegengewirkt³⁶⁾.

Es erscheint zweifelhaft, ob in der Stimmenthaltung oder dem Fernbleiben von der beschlußfassenden Versammlung ein Mitwirken an einem schadenstiftenden Beschluß gesehen werden kann. Es wird darauf ankommen, ob der schadenstiftende Beschluß auf dieses Verhalten zurückzuführen ist. Zugleich muß hier schon geprüft werden, ob das Verhalten vorsätzlich oder fahrlässig ist. Wenn ein Ratsmitglied durch seine Teilnahme an der Rats-sitzung mit bedingtem oder unbedingtem Vorsatz die Beschlußfähigkeit der Versammlung herbeigeführt hat oder durch Stimmenthaltung oder Abgabe einer ungültigen Stimme den schadenstiftenden Beschluß ermöglicht hat, dann hat dieses Ratsmitglied an dem Beschluß mitgewirkt und kann beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen auf Schadenersatz in Anspruch ge-

35) Vgl. den Text des § 33 rev. DGO S. 117 Anm. 5 dieses Kapitels.

36) Das Reichsgericht hat in der oben zitierten Entscheidung (HRR 1928 Nr. 1243) festgestellt, daß nach bürgerlichem Recht ein Kollegialmitglied nicht haftbar gemacht werden könne, wenn es gegen die eine Pflichtverletzung enthaltende Entscheidung gestimmt habe. Vgl. auch § 3 des österr. Amtshaftungsgesetzes, abgedruckt bei WERNER-KLECATSKY, Bundesverfassungsrecht, S. 468

§ 3 (1) Rückgriff

(2) "Für die von einem Kollegialorgan beschlossenen Entscheidungen und Verfügungen haften nur die Stimmführer, die für sie gestimmt haben." ...

nommen werden ³⁷⁾. Aber auch wenn sich ein Ratsmitglied der Stimme enthält, und infolge dieser Stimmenthaltung ein schadenstiftender Beschluß zustande kommt, hat dieses Ratsmitglied an dem Beschluß mitgewirkt, wenn es vor oder während der Abstimmung grobfahrlässig nicht erkannt hat, daß nur infolge seiner Stimmenthaltung der Beschluß zustande kommen würde. Ein Mitwirken an einem schadenstiftenden Beschluß liegt selbst dann vor, wenn ein Ratsmitglied der betreffenden Sitzung ferngeblieben ist oder zwar teilgenommen und sogar gegen den schädigenden Beschluß gestimmt hat, dieses Ratsmitglied es aber unterlassen hat, die Ratsmitglieder von einer ihm bekannten Tatsache zu unterrichten, bei deren Kenntnis die Ratsmitglieder den Beschluß nicht gefaßt hätten ³⁸⁾. Hier liegt eine gewisse Parallele zu dem Fall, daß Ratsmitglieder es vorsätzlich oder grobfahrlässig unterlassen haben, einen schadenverhütenden Beschluß zu fassen. Der Nachweis des Vorsatzes oder der groben Fahrlässigkeit hinsichtlich der Abhängigkeit der Stimmenthaltung von dem Zustandekommen des Beschlusses wird aber in solchen Fällen fast nie gelingen.

Wird durch die arglose Teilnahme von Ratsmitgliedern die Beschlußfähigkeit der Versammlung herbeigeführt, die einen schadenstiftenden Beschluß faßt, oder enthalten sich Ratsmitglieder bei der Abstimmung zu einem solchen Beschluß aus Unentschlossenheit der Stimme, ohne daß dies Einfluß auf den Beschluß hat, so ist darin keine Mitwirkung an einem schadenstiftenden Beschluß zu sehen. Da nach § 35 Abs. 3 nwGO bei Abstimmungen Stimmenthaltungen und ungültige Stimmen nur zur Feststellung der Beschlußfähigkeit, nicht aber zur Berechnung der Mehrheit zählen, wirkt sich praktisch die Stimmenthaltung meist als Ablehnung aus. In der Regel können also die Ratsmitglieder, die nur an einer Rats- oder Ausschusssitzung teilnehmen und sich der Stimme enthalten, nicht nach § 30 Abs. 3 nwGO schadenersatzpflichtig gemacht werden.

37) So auch KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. III zu § 30; HURST, Haftung, in Die Gemeinde 1962 S. 131. HALTERMANN, Haftung, in SKV 1956 S. 207 hält nur die positive Zustimmung zu schadenstiftenden Beschlüssen für ein "Mitwirken".

38) HURST, a. a. O.

III. Nachweis der Mitwirkung

Für die Frage, ob die Gemeinde die Mitwirkung der Ratsmitglieder an einem schadenstiftenden Beschluß beweisen muß, enthält die Haftungsvorschrift des § 30 Abs. 3 nwGO keine Regelung. Durch sinngemäße Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften oder allgemeiner Grundsätze muß diese Lücke geschlossen werden ³⁹⁾. Die durch einen Beschluß geschädigte Gemeinde wird meistens nicht wissen, welche Ratsmitglieder an diesem Beschluß positiv mitgewirkt haben. Da aber nach den allgemeinen Regeln des Haftungsrechts der Geschädigte alle Voraussetzungen für die Haftung behaupten und notfalls beweisen muß, wird es für die Gemeinde fast nie möglich sein, zu behaupten und zu beweisen, welche Ratsmitglieder den Schaden mitverursacht haben.

a) Beweiserleichterung des § 830 BGB

Hier scheint zu Gunsten der Gemeinde eine Vorschrift aus dem Recht der unerlaubten Handlung einzugreifen. Nach § 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist von mehreren Beteiligten jeder für einen Schaden verantwortlich, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von den Beteiligten den Schaden durch eine unerlaubte Handlung verursacht hat. Hiermit werden zwei Sachverhalte umfaßt, einmal der Fall der Haftungsbegründung, bei dem nicht feststeht, wer der Schädiger ist, zum anderen der Fall, daß zwar die Begehung jeweils einer unerlaubten Handlung durch mehrere Beteiligte feststeht, sich aber der Anteil der Beteiligten an dem Schadensumfang nicht ermitteln läßt. Für die Frage nach der Mitwirkung interessiert hier nur der erste Fall.

Die Vorschrift des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB soll Beweisschwierigkeiten des Geschädigten überwinden, wenn ungewiß geblieben ist, wer von mehreren als Urheber in Betracht kommenden Personen den Schaden verursacht hat ⁴⁰⁾, oder wenn die Person des eigentlichen Schädigers nicht mehr mit voller Sicherheit ermittelt werden kann ⁴¹⁾. Eine "Beteiligung" im Sinne des § 830 BGB ist dann gegeben, "wenn es sich um einen einheitlichen, ört-

39) PETERS, Lehrbuch, S. 157.

40) RGZ 121, 400 (402 f); BGHZ 25, 271 = NJW 1957 S. 1834 = JZ 1957 S. 756; BGB-RGRK, 11. Aufl. Anm. 8 zu § 830.

41) RG Warn. Rspr. 1912 Nr. 357; BGH a. a. O.

lich und zeitlich zusammenhängenden Vorgang handelt und jede einzelne der von mehreren begangenen Handlungen im allgemeinen nach den Regeln des ursächlichen Zusammenhangs den schädlichen Erfolg herbeizuführen geeignet war, aber nicht ermittelt werden kann, wer von den mehreren Handelnden der Urheber ist" ⁴²⁾. Die Mitwirkung von Ratsmitgliedern an dem Zustandekommen eines schädigenden Ratsbeschlusses kann eine Beteiligung im Sinne der Vorschrift sein. Liegt aber auch die Voraussetzung vor, daß sich "nicht ermitteln" läßt, wer von den Ratsmitgliedern den Schaden verursacht hat? Diese Voraussetzung muß objektiv gegeben sein. Obwohl die Vorschrift Beweisschwierigkeiten für den Geschädigten beheben soll, ist sie nicht anzuwenden, wenn nur der Geschädigte den Schädiger nicht namhaft machen kann, objektiv aber feststeht, oder festgestellt werden kann, wer von mehreren Beteiligten den Schaden verursacht hat. Dieser Grundsatz ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes. Er läßt sich aber auch aus zahlreichen Entscheidungen erkennen ⁴³⁾. Dies bedeutet für die geschädigte Gemeinde, daß sie sich nicht bezüglich der Mitwirkung der Ratsmitglieder bei einem schadenstiftenden Beschluß auf § 830 Abs. 1 S. 2 BGB berufen kann, denn es ist objektiv möglich festzustellen, welche Ratsmitglieder an dem schadenstiftenden Beschluß mitgewirkt haben.

Dagegen nimmt für den ähnlichen Fall der Haftung von Betriebsratsmitgliedern NEUMANN-DUESBERG ⁴⁴⁾ an, daß § 830 Abs. 1 S. 2 BGB auf Betriebsratsmitglieder Anwendung findet, wenn die durch rechtswidrige Betriebsratsbeschlüsse geschädigten Dritten gegen die Betriebsratsmitglieder vorgehen wollen. Weil ein Außenstehender bei Wahrung des Abstimmungsgeheimnisses "nicht ermitteln" könne, welche Betriebsratsmitglieder den schädigenden Beschluß gefaßt haben, ist NEUMANN-DUESBERG der An-

42) BGH a. a. O.

43) Typische Beispiele für die Anwendung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB sind die Fälle, in denen etwa bei einer Schlägerei (Warn 1929 Nr. 144), Treibjagd (RGZ 98, 58), Knallerbsenwerfen (OLG Celle in NJW 1950 S. 951) oder Steinschlacht (BGH in NJW 1960 S. 862 = LM Nr. 8 zu § 830) Personen geschädigt werden, aber nicht festgestellt werden kann, wer von mehreren den verletzenden Schlag, Schuß oder Wurf getan hat.

44) NEUMANN-DUESBERG, Betriebsverfassungsrecht, S. 337.

sicht, daß die Voraussetzungen des § 830 BGB vorliegen⁴⁵⁾.

b) Tatsächliche Vermutung für Mitwirkung

Da § 830 BGB keine Anwendung finden kann, fragt es sich, ob nicht etwa eine tatsächliche Vermutung dafür besteht, daß die Ratsmitglieder, die an der beschließenden Rats- oder Ausschußsitzung teilgenommen haben, auch an dem Zustandekommen eines auf dieser Sitzung gefaßten Beschlusses mitgewirkt haben oder ob die Gemeinde, die einen Schadenersatzanspruch gegen Ratsmitglieder geltend machen will, tatsächlich behaupten und im Falle des Bestreitens beweisen muß, daß jedes einzelne der in Anspruch genommenen Ratsmitglieder für den schadenstiftenden Beschluß gestimmt hat oder in anderer Weise für das Zustandekommen verantwortlich ist. Einige Autoren⁴⁶⁾ nehmen für den ähnlichen Fall der Teilnahme eines Richters an der Sitzung eines Kollegialgerichtes an, daß eine allgemeine Vermutung für die Mitwirkung des Richters an der Kollegialentscheidung bestehe. Dagegen steht das Reichsgericht auf dem Standpunkt, daß die Mitwirkung bewiesen werden muß⁴⁷⁾.

Es ist dem Reichsgericht darin zuzustimmen, daß keine tatsächliche Vermutung für eine einstimmige Beschlußfassung eines Kollegialorgans besteht, vorausgesetzt, daß keine Einstimmigkeit gesetzlich gefordert wird. Ebensowenig besteht aber eine tatsächliche Vermutung für die Nichteinstimmigkeit, daß also Ratsmitglieder überstimmt worden sind oder sich der Stimme enthalten haben.

Die Entscheidung eines Kollegiums läßt meist nicht erkennen, ob sie einstimmig, mit Gegenstimmen oder unter Stimmenthaltungen zustande gekommen ist. Eine Kollegialentscheidung zeigt aber, daß mindestens die Mehr-

45) Vgl. dagegen DELIUS, Beamtenhaftpflichtgesetz, 4. Aufl. S. 225, der für die Haftung eines Beamtenkollegiums den § 830 BGB ablehnt, weil auch bei einem Kollegium die Ermittlung der Verursacher möglich sei.

46) DELIUS, a. a. O. S. 224; SCHERER, Kommentar zum BGB, Bd. 2, Erlangen 1899, Note 7 zu § 839; BRETTNER, Haftpflicht, in Das Recht 1902 S. 430.

47) RGZ 89, 13 (15); ebenso STAUDINGER-ENGELMANN, BGB, 9. Aufl. Anm. 9 zu § 839 unter Berufung auf dieses Urteil.

heit des Kollegiums für die an die Außenwelt gelangte Entscheidung gestimmt haben. Nach außen tritt sie daher als die Willensäußerung des gesamten Kollegiums in Erscheinung. Dies gilt auch für Entscheidungen des Gemeinderates. Nachdem ein Ratsbeschluß nach außen wirksam geworden ist, gilt er nicht mehr als die Summe der Einzelentscheidungen der Ratsmitglieder, sondern erscheint als einheitliche Willensäußerung des gesamten Rates. Daher muß sich zunächst jedes Ratsmitglied die Entscheidung als seine eigene entgegenhalten lassen⁴⁸⁾.

Aus dem Sitzungsprotokoll der Rats- oder Ausschusssitzung ergibt sich, welche Mitglieder an der Sitzung teilgenommen haben⁴⁹⁾. Wenn in einem solchen Sitzungsprotokoll keine Gegenstimmen oder Stimmenthaltungen vermerkt sind (nach der nwGO braucht allerdings das Protokoll das Abstimmungsverhalten der einzelnen Mitglieder nicht zu enthalten), so ergibt sich aus dieser Tatsache eine stärkere Vermutung dafür, daß die von der Gemeinde in Anspruch genommenen Ratsmitglieder, die an der Sitzung teilgenommen haben, für die Entscheidung gestimmt haben, als daß sie überstimmt worden sind oder sich der Stimme enthalten haben.

c) Praktische Erwägungen

Es führen aber vor allem praktische Gesichtspunkte dazu, von einer Vermutung der positiven Mitwirkung auszugehen. Müßte die Gemeinde die Mitwirkung beweisen, so wäre sie nur in ganz seltenen Fällen dazu in der Lage. Soweit nicht die Geschäftsordnungen der Gemeindevertretungen etwas

48) Vgl. die Ausführungen des Pr.OVG Urt. v. 16.1.35 in JW 1935 S.1653 zur dienststrafrechtlichen Verantwortung der Mitglieder eines kollegialen Organs: "Die Willensbildung, die durch Beschlußfassung eines kollegialen Organs zustande kommt, gilt bis zum Beweise, daß das einzelne Mitglied an dieser Willensbildung sei es infolge Abwesenheit oder infolge einer abweichenden Stimmabgabe, nicht beteiligt gewesen ist, als Willensäußerung auch des einzelnen Mitgliebes, für die dieses verantwortlich ist."

49) In der nwGO ist nicht vorgeschrieben, daß die Anwesenheit der Rats- bzw. Ausschußmitglieder im Sitzungsprotokoll festgestellt wird. Es ist aber allgemeine Übung, daß die Namen der fehlenden Rats- bzw. Ausschußmitglieder im Protokoll festgehalten werden.

anderes vorgesehen, wird nach § 35 Abs. 1 S. 3 nwGO bei der Beschlußfassung offen abgestimmt⁵⁰⁾. Die offene Abstimmung, etwa durch Handzeichen, Erheben von den Sitzen u.ä. ist daher die Regel. Zwar müssen nach § 37 nwGO die gefaßten Beschlüsse in einer Niederschrift festgehalten werden, nicht dagegen der Ablauf der Sitzung oder das Abstimmungsverhalten. Da also das Abstimmungsverhalten der einzelnen Ratsmitglieder nicht protokolliert wird, hat die Gemeinde weder die Kenntnis, noch die Mittel, um zu beweisen, welche Ratsmitglieder für den schadenstiftenden Beschluß gestimmt haben. Nur falls namentliche Abstimmung erfolgt ist, wäre es möglich, die Ratsmitglieder namhaft zu machen⁵¹⁾. Hieraus ergibt sich als Folge, daß ein Schadensersatzanspruch der Gemeinde meistens schon daran scheitern würde, daß die Gemeinde nicht einmal behaupten, geschweige denn beweisen kann, welche Ratsmitglieder an dem Beschluß positiv mitgewirkt haben. Die Geltendmachung eines Anspruches nach § 30 Abs. 2 nwGO wird erst möglich, wenn man unterstellt, daß durch die Teilnahme an einer Sitzung eine Vermutung für das positive Mitwirken der Ratsmitglieder besteht.

Eine Vermutung für das positive Mitwirken an einem Beschluß führt nicht zu unbilligen Ergebnissen, da die Ratsmitglieder die Möglichkeit haben, die Vermutung auszuräumen und das Gegenteil zu beweisen.

d) Protokollierung des Abstimmungsverhaltens

Es sind nicht alle Ratsmitglieder den Ersatzansprüchen der Gemeinde schutzlos ausgesetzt, die an einer Sitzung teilgenommen haben, auf der ein schadenstiftender Beschluß gefaßt worden ist. Abgesehen davon, daß die

50) Vgl. zu den Abstimmungsarten KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. II zu § 35.

51) Um die Haftung aus § 30 Abs. 3 nwGO realisieren zu können, schlägt deshalb HURST, Haftung, in Die Gemeinde, 1962, S. 133 vor, in die Ratsgeschäftsordnungen eine Bestimmung aufzunehmen, daß der Ratauftrag von Ratsmitgliedern namentlich zu Protokoll abzustimmen habe, wenn der Gemeindedirektor darauf hingewiesen hat, daß die Gemeinde einen Schaden erleiden kann. Ein Antrag auf namentliche Abstimmung soll in diesem Fall einem gleichzeitig gestellten Antrag auf geheime Abstimmung vorgehen.

Voraussetzung des Verschuldens eine starke Sicherung bedeutet, haben die Ratsmitglieder wenig Schwierigkeiten, einredeweise geltend zu machen, daß sie an dem Beschluß nicht mitgewirkt haben. Für sie ist es ein leichtes, dies zu beweisen, wenn sie ihre vom Mehrheitsbeschluß abweichende Stimmabgabe in das Sitzungsprotokoll haben aufnehmen lassen. In der nwGO ist aber im Gegensatz zu den meisten anderen Gemeindeordnungen in den Bundesländern ⁵²⁾ für die Ratsmitglieder nicht das Recht enthalten, verlangen zu können, daß ihre Abstimmung in der Niederschrift festgehalten wird. Soweit nicht schon die Ratsgeschäftsordnungen ⁵³⁾ ein solches Recht enthalten, hat jedes Ratsmitglied den sich aus seiner Rechtsstellung als Mitglied eines Kollegiums ergebenden Anspruch, daß seine von dem Beschluß der Mehrheit abweichende Abstimmung in das Sitzungsprotokoll aufgenommen wird. Dieses Recht ist im Grundsatz des Minderheitenschutzes begründet. Dieser Schutzgedanke hat schon im allgemeinen Landrecht, das noch die einheitliche Haftung des ganzen Kollegiums kannte (§ 127 Pr. ALR II, 10), seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Nach § 144 Pr. ALR II, 10 konnten sich die überstimmten Kollegialmitglieder von der Haftung befreien, wenn sie ihre abweichende Auffassung unter Anführung der Gründe aktenkundig gemacht hatten. Aber auch später wurde allgemein anerkannt, daß ein überstimmtes Kollegialmitglied das Recht hat, seine abweichende Auffassung in irgendeiner Weise aktenkundig zu machen ⁵⁴⁾.

Auf Grund dieses allgemein anerkannten Grundsatzes haben daher auch die Ratsmitglieder in NW das Recht, ihre vom Mehrheitsbeschluß abweichende

52) Vgl. § 57 Abs. 1 S. 4 ndsGO; § 38 Abs. 1 S. 2 bwGO; § 61 Abs. 1 S. 4 heGO; Art. 54 Abs. 1 S. 3 bayGO (nur wer dem Beschluß nicht zugestimmt hat).

53) Von acht untersuchten Ratsgeschäftsordnungen kreisfreier Städte in NW enthielt nur eine die ausdrückliche Bestimmung, daß ein Ratsmitglied die Aufnahme einer Erklärung seiner von dem Beschluß der Mehrheit abweichenden Abstimmung in die Sitzungsniederschrift verlangen kann. Auch von acht Ratsgeschäftsordnungen kreisangehöriger Städte in NW enthielt nur eine Geschäftsordnung eine entsprechende Bestimmung.

54) RGZ 89, 13 (17); DELIUS, Beamtenhaftpflichtgesetz 4. Aufl. S. 224; BRETTNER, Haftpflicht, in "Das Recht" 1902 S. 430; SCHERER, Kommentar zum BGB, Bd. 2 Note 7 zu § 839.

Stimmabgabe protokollieren zu lassen, um einer möglichen Haftung aus § 30 Abs. 3 nwGO entgehen zu können⁵⁵⁾. Im Hinblick auf die Haftung ist dieses Recht unabdingbar⁵⁶⁾.

Zuweilen wird die Ansicht vertreten, daß das in den Gemeindeordnungen enthaltene Recht auf Feststellung des Abstimmungsverhaltens in der Sitzungsniederschrift nicht für geheime Abstimmungen gilt⁵⁷⁾. Diese Meinung kann nicht richtig sein. Gerade wenn ein Beschluß gefaßt werden soll, über dessen Rechtmäßigkeit oder dessen Folgen hinsichtlich des Eintritts eines Schadens während der Beratung Meinungsverschiedenheiten aufgetaucht sind, besteht die Gefahr, daß von einigen Ratsmitgliedern der Antrag auf geheime Abstimmung gestellt wird, weil sie bei einer geheimen Abstimmung der Verantwortung zu entgehen hoffen. Kommt es dann zu einer geheimen Abstimmung, darf den überstimmten Ratsmitgliedern nicht die Möglichkeit entzogen werden, durch Protokollierung ihres Abstimmungsverhaltens die eigene Haftung auszuschließen. Die geheime Abstimmung dient dem Schutz der Abstimmenden. Warum sollte nicht ein Ratsmitglied auf diesen Schutz des Abstimmungsgeheimnisses verzichten können? Selbst das Abstimmungsgeheimnis eines Richterkollegiums hat nach Ansicht des Reichsgerichts⁵⁸⁾ dort seine Grenzen, wo durch seine Wahrung die Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung in Frage gestellt würde. Auch der Bruch des Berufsgeheimnisses durch den Geheimnisträger ist dann nicht unbefugt, wenn dies zur Wahrung entgegenstehender oder eigener Interessen des Geheimnisträgers erforderlich ist⁵⁹⁾.

55) Ebenso HALTERMANN, Haftung, in SKV 1956 S. 207; LKT-Eildienst 1955 Nr. 72; KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. I zu § 37 ist der Ansicht, daß für dieses Protokollierungsrecht eine offene Abstimmung Voraussetzung ist.

56) Vgl. § 24 S. 3 u. 4 der Ratsgeschäftsordnung der Stadt Greven: "Bei Beschlußfassung wird grundsätzlich öffentlich (namentlich) durch Handaufheben abgestimmt. Die Namen können zur Niederschrift genommen werden, um Haftpflichten aus § 30 Abs. 3 GO für einzelne Stadtverordnete auszuschließen."

57) LINDEMANN, ndsGO, Anm. zu Abs. 2 § 57; KUNZE-SCHMID, bwGO, Erl. I 3 zu § 38.

58) RGZ 89, 13 (16).

59) SCHWARZ-DREHER, StGB, 23. Aufl. Anm. 4 A c zu § 300.

Ein überstimmtes Ratsmitglied kann mit Hilfe der Sitzungsniederschrift vollen Beweis dafür erbringen, daß es nicht positiv an dem schadenstiftenden Beschluß mitgewirkt hat, denn eine vorschriftsmäßig gefertigte und unterzeichnete Niederschrift ist als öffentliche Urkunde ein vollgültiges Beweismittel (§§ 414, 417, 418 ZPO) ⁶⁰⁾.

IV. Pflichtverletzung

a) Allgemeine Pflichten

Eine Schadenersatzpflicht nach § 30 Abs. 3 nwGO trifft die Ratsmitglieder nur dann, wenn sie durch Mitwirkung an dem Beschluß, durch den die Gemeinde einen Schaden erlitten hat, ihre Pflichten verletzt haben. Der Pflichtenkreis der Ratsmitglieder ist im Rahmen der Amtspflichtverletzung schon eingehend untersucht worden. Doch muß hier auf einige Pflichten eingegangen werden, die vorher noch nicht behandelt worden sind.

b) Präsenzpflicht

Im Gegensatz zur rev. DGO (§ 33 Abs. 2) fehlt in der nwGO eine Vorschrift, die eine Pflicht der Ratsmitglieder zur Anwesenheit und Teilnahme an den Rats- und Ausschuß-Sitzungen ausdrücklich festlegt. Dennoch besteht auch für die Ratsmitglieder in NW eine Präsenzpflicht. Sowohl die Vorschrift über die Pflicht der Ratsmitglieder zu rechtmäßigem Verhalten (§ 30 Abs. 1 nwGO) als auch die Statuierung der Treupflicht (§ 30 Abs. 2 i. V. m. § 24 nwGO) setzen die Pflicht zum Tätigwerden, also auch zur Teilnahme an den Sitzungen, stillschweigend voraus. Auch dadurch, daß die Bürgerschaft in der Mitwirkung bei der Selbstverwaltung auf das Wahlrecht beschränkt ist, sind die Ratsmitglieder als deren Repräsentanten zur Ausübung der durch die Wahl übertragenen Befugnisse der kommunalen Selbstverwaltung verpflichtet. Hierzu gehört auch die Teilnahme an den Sitzungen der Vertretungskörperschaften ⁶¹⁾.

60) KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. I zu § 37.

61) NEUMANN, Rechtsstellung, S. 26 f und 29.

Die Präsenzpflicht führt nicht zu einer übermäßigen Belastung im Hinblick auf eine evtl. Schadenersatzpflicht, da nur in ganz seltenen Ausnahmefällen eine Nichtteilnahme ein positives Mitwirken an einem schadenstiftenden Beschluß bedeutet, und weil nur eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Pflichtverletzung eine Schadenersatzpflicht auslöst.

c) Die Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten

Die Pflicht zu rechtmäßigem Handeln ist für die Ratsmitglieder im Hinblick auf die Schadenersatzvorschrift des § 30 nwGO von großer Bedeutung. Sie wird den Ratsmitgliedern in der GO ausdrücklich **auferlegt**. Gemäß § 30 Abs. 1 nwGO sind die Ratsmitglieder verpflichtet, **in ihrer Tätigkeit** ausschließlich nach dem Gesetz zu handeln. Entsprechend dem in Art. 20 Abs. 3 GG enthaltenen rechtsstaatlichen Grundsatz, daß die öffentliche Verwaltung an Gesetz und Recht gebunden ist, ist diese verpflichtende Bindung der Ratsmitglieder an das Gesetz die notwendige Konsequenz aus der Übertragung der Gemeindeverwaltung auf den Rat.

Da der Gemeinderat als Organ der vollziehenden Gewalt (Verwaltung) im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG schon gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden ist ⁶²⁾, darf im § 30 nwGO das Wort "Gesetz" nicht eng im Sinne eines formellen Gesetzesbegriffs ausgelegt werden. Unter "Gesetz" ist das gesamte geltende Recht zu verstehen. Es sind also sowohl die Gesetze im formellen Sinne zu beachten, als auch die Gesetze im materiellen Sinne ⁶³⁾, d. h. sämtliche Rechtssätze, gleichgültig ob sie als förmliche Gesetze erlassen worden sind oder nicht. Sowohl Rechtsverordnungen als auch gemeindliche Satzungen binden die Ratsmitglieder.

Für die Ratsmitglieder bedeutet die Bindung an das Gesetz die zu einer Rechtspflicht gesteigerte persönliche Verantwortung eines jeden einzelnen

62) Vgl. zu diesem Begriffspaar JESS, in BK, Erl. II 3 e; v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, 2. Aufl. Anm. VI 4 f zu Art. 20. Zum Grundsatz der "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" und den sich daraus ergebenden Geboten und Verboten vgl. Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 30.

63) Zur Unterscheidung des Gesetzes im formellen und materiellen Sinn vgl. Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 24 II.

Ratsmitgliedes für alle Handlungen, die es in Ausübung seines Amtes vornimmt ⁶⁴⁾.

Dies gilt nicht nur für die reinen Rechtsentscheidungen, sondern auch für die in der kommunalen Verwaltung besonders häufigen Ermessensentscheidungen ⁶⁵⁾. Auch hier sind die Ratsmitglieder an die Grenzen der Rechtsordnung gebunden. Der § 30 Abs. 1 nwGO gibt aber noch zusätzlich einen Orientierungspunkt für die Ausübung des Ermessens; er liegt in der freien, nur durch die Rücksicht auf das öffentliche Wohl bestimmten Überzeugung der Ratsmitglieder.

Die Ratsmitglieder werden zumeist in den Rats- und Ausschusssitzungen tätig werden, also in einem kollegialen Gremium. Die Rechtswidrigkeit der nach außen als Äußerung des Kollegiums in Erscheinung tretenden Entscheidung, die durch die Mitwirkung der einzelnen Ratsmitglieder zustandekommt, ist von der persönlichen Pflichtwidrigkeit im Verhalten der einzelnen Mitglieder zu unterscheiden. Bei einer rechtswidrigen Entscheidung handeln nur die Mitglieder des Kollegiums persönlich pflichtwidrig, die an dem Zustandekommen der Entscheidung positiv mitgewirkt haben. Durch die Unterscheidung zwischen der Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Rates und der Pflichtwidrigkeit des Handelns der einzelnen Ratsmitglieder beim Zustandekommen der Entscheidung wird dem einzelnen Ratsmitglied nicht die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Kollegialentscheidung oder für die Handlungen der übrigen Mitglieder des Kollegiums aufgebürdet, sondern allein die Verantwortung für die Übereinstimmung der eigenen Entscheidung mit dem geltenden Recht ⁶⁶⁾. Wie oben schon gezeigt (S. 57 f), tritt also die Verantwortung nur ein, wenn das pflichtwidrige Verhalten des einzelnen Ratsmitgliedes für das Zustandekommen des rechtswidrigen Beschlusses kausal ist. Für jeden Beschluß, durch den die Gemeinde einen Schaden erleidet, muß die Verletzung einer Pflicht kausal für sein Zustand-

64) NEUMANN, Rechtsstellung, S. 34.

65) Vgl. Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. § 31: Rechtsgebundenheit und freies Ermessen.

66) NEUMANN, Rechtsstellung, S. 35.

dekommen sein ⁶⁷⁾.

d) Die Pflicht, schädigende Handlungen zu unterlassen

Für die Ratsmitglieder besteht allgemein die Pflicht, bei Ausübung ihres Amtes jede Schädigung der Gemeinde zu unterlassen ⁶⁸⁾. Diese Pflicht ergibt sich aus den Deliktsvorschriften, die nicht nur im privaten, sondern auch im öffentlichen Recht gelten. Diese Pflicht läßt sich aber auch aus § 30 Abs. 3 nwGO unmittelbar herleiten.

V. Verschulden

Eine objektive Pflichtverletzung genügt aber noch nicht, um eine Haftung der Ratsmitglieder zu begründen. Die Pflichtverletzung muß vorwerfbar sein.

Nach § 23 Abs. 3 rev.DGO hafteten die Ratsmitglieder, wenn sie "in bösem Glauben oder schuldhafter Verletzung ihrer Pflichten" gehandelt hatten.

67) In den Kom. pol. Bl. 1958 S. 490 wird als Beispiel für eine rechtswidrige (verfassungswidrige) Entscheidung der Beschluß eines Gemeinderates über die Durchführung einer Volksbefragung (Gemeinde-) wegen der Ausrüstung der Bundeswehr genannt. Die Ratsmitglieder, die dem Beschluß zugestimmt haben, haften der Gemeinde für die Kosten, die durch die Vorbereitung der Gemeindebefragung entstanden sind, weil sie bei diesem offensichtlich verfassungswidrigen Beschluß grobfahrlässig ihre Pflicht zu rechtmäßigem Handeln verletzt haben.

68) RGZ 165, 323 (333); - PETERS in DVBl 1953 S. 38 führt als Beispiel einer Ersatzpflicht nach § 30 III an: Wenn eine Gemeinde zur Wiedereinstellung eines Angestellten gerichtlich verurteilt worden sei, und trotzdem durch Ratsbeschluß die Stelle mit einer anderen Person besetzt werde, so liege eine vorsätzliche Pflichtverletzung vor, falls die Ratsmitglieder das Urteil gekannt hätten. Ergebe sich daraus für die Gemeinde die Verpflichtung zu einer doppelten Bezahlung, einmal als Vergütung, einmal als Schadenersatz, so würden die Ratsmitglieder persönlich haftbar sein. - Dies ist eine Verletzung der Pflicht, sich schädigender Handlungen zu enthalten. Unter diese Art von Pflichtverletzungen gehören auch die Fälle, in denen durch Ratsbeschluß einem gemeindlichen Vertreter in einem wirtschaftlichen Unternehmen eine bindende Weisung erteilt worden ist (§ 72), auf Grund deren ein Schaden entstanden ist.

Dies bedeutet, daß sie für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit hafteten. Der CDU-Entwurf ⁶⁹⁾ für die nwGO sah in Anlehnung an die rev.DGO ebenfalls die Haftung für "schuldhafte Pflichtverletzung" vor. Auf Grund der Abänderungsanträge der SPD-Fraktion wurde "schuldhaft" durch "vorsätzlich und grobfahrlässig" ersetzt ⁷⁰⁾ und dadurch der Haftungsmaßstab wesentlich abgeschwächt. Die in § 30 Abs. 3 nwGO verwendeten Begriffe vorsätzlich und grobfahrlässig sind aus dem bürgerlichen Recht entnommen. Da man meist annehmen darf, daß gleiche Worte im öffentlichen Recht und bürgerlichen Recht die gleiche Bedeutung haben ⁷¹⁾, ist nach den Bestimmungen und den Begriffsauslegungen des bürgerlichen Rechts, insbesondere nach § 276 BGB zu entscheiden, ob Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt ⁷²⁾. Vorsatz und Fahrlässigkeit müssen sich auf die Pflichtverletzung und den möglichen Schaden erstrecken.

Da die Haftung der Ratsmitglieder nur auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist, dürfen die Anforderungen hinsichtlich der groben Fahrlässigkeit nicht zu sehr herabgesetzt werden. Hier gelten die gleichen Grundsätze, wie sie für die Außenhaftung aufgestellt worden sind; es kommt nicht darauf an, welche Kenntnisse und Fähigkeiten die Ratsmitglieder haben, sondern darauf, welche Kenntnisse für ihr Amt erforderlich sind.

Eine Haftung der Ratsmitglieder gegenüber der Gemeinde entfällt wegen fehlenden Verschuldens in den Fällen, in denen der Rat auf Grund unvollständiger oder unrichtiger Darstellung des Sachverhalts oder der Rechtslage durch den Gemeindedirektor oder einem vorbereitenden Ausschuß den schadenstiftenden Beschluß gefaßt hat. Eine Haftung der Ausschußmitglieder oder des Gemeindedirektors ist aber in solchen Fällen nicht ausgeschlossen. Haben jedoch die Ratsmitglieder bei der Beschlußfassung grob-

69) Vgl. § 31 Abs. 2 CDU-Entwurf Landtag von NW 2. Wahlperiode Drucksache Nr. 89.

70) Pl. Brtg. StB 62. Sitzung S. 2325 D; S. 2361 A.

71) PETERS, Lehrbuch, S. 157.

72) KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. III zu § 30.

fahrlässig ihre Sorgfaltspflichten außer acht gelassen, so haften sie selbst ⁷³⁾.

VI. Schaden

Voraussetzung für eine Haftung der Ratsmitglieder aus § 30 Abs. 3 nwGO ist ein Schaden der Gemeinde. Dieser Schaden muß die Gemeinde als juristische Person des öffentlichen Rechts getroffen haben. Ein Schaden der Gemeinde im Sinne dieser Vorschrift ist eine Einbuße an Vermögen und damit der Unterschied zwischen der durch den schädigenden Beschluß geschaffenen Vermögenslage und der Vermögenslage, die ohne diesen Beschluß bestehen würde. Die Ratsmitglieder haften also nur für einen Vermögensschaden. Ein ideeller Schaden fällt nicht unter die Bestimmung des § 30 Abs. 3 nwGO ⁷⁴⁾.

Im Gegensatz zu § 111 rev.DGO hat auch die Haftung wegen Bewilligung von Ausgaben ohne gleichzeitige Bereitstellung von Deckungsmitteln (§ 30 Abs. 3 Lit c nwGO) einen Schaden der Gemeinde zur Voraussetzung, da diese Alternative auch unter dem Obersatz des Absatz 3 steht: "Erleidet die Gemeinde infolge eines Beschlusses des Rates einen Schaden, so haften die Ratsmitglieder, wenn sie ...". Nach § 111 rev.DGO hatte die Gemeinde gegen die Ratsmitglieder einen Ersatzanspruch auf diejenigen Ausgaben, die der Rat für einen Zweck bewilligt hatte, für den die Ausgabenbewilligung gesetzlich unstatthaft war; es war gleichgültig, ob damit ein Schadenseintritt verbunden war. Nach der nwGO haften die Ratsmitglieder in diesen Fällen erst dann, wenn ein Schaden eingetreten ist. Für eine Haftung ge-

73) Diesen Grundsatz hat schon das österr. Amtshaftungsgesetz für die Rückgriffshaftung aufgestellt. Vgl. § 3 Abs. 2 österr. AHG abgedruckt bei WERNER-KLECATSKY, Bundesverfassungsrecht, S. 468; "Für die von einem Kollegialorgan beschlossenen Entscheidungen und Verfügungen haften nur die Stimmführer, die für sie gestimmt haben. Beruht jedoch die Entscheidung oder Verfügung auf einer unvollständigen oder unrichtigen Darstellung des Sachverhalts durch den Berichterstatter, so haften auch die Stimmführer, die dafür gestimmt haben, nicht, es sei denn, daß sie die pflichtmäßige Sorgfalt grobfahrlässig außer acht gelassen haben."

74) KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. III zu § 30.

nügt es daher nicht, daß die Ratsmitglieder schuldhaft ihre Pflichten verletzt haben und möglicherweise der Gemeinde aus dieser Pflichtverletzung ein Schaden erwachsen kann.

Die Ratsmitglieder haften für Schäden, die die Gemeinde sowohl unmittelbar als auch mittelbar erlitten hat. Bei einer mittelbaren Schädigung liegt der Schaden z. B. darin, daß die Gemeinde für ein schädigendes Verhalten der Ratsmitglieder gemäß Art. 34 GG, § 839 BGB oder §§ 89, 31 BGB einem Dritten Schadenersatz leisten mußte.

Dieser Schadenersatzanspruch aus einem mittelbaren Schaden wird Rückgriffs- oder Regreßanspruch genannt. Im Rahmen des § 30 Abs. 3 nwGO sollte daher nur dann von Regreßhaftung gesprochen werden, soweit die Haftung der Ratsmitglieder für mittelbare Schäden gemeint ist. Im Gegensatz zum Beamtenrecht haften die Ratsmitglieder auch im Rückgriff gemäß § 30 Abs. 3 nwGO nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, gleichgültig ob die Gemeinde einem Dritten für eine Schädigung im hoheitlichen oder im fiskalischen Bereich Ersatz geleistet hat. Die Haftung der Ratsmitglieder ist also im Innenverhältnis gegenüber der Gemeinde sehr mild, denn die Gemeinde muß im Außenverhältnis gegenüber dem geschädigten Dritten für Vorsatz und jegliche Fahrlässigkeit ihrer Ratsmitglieder haften.

Hinsichtlich des Umfanges des Schadenersatzes, der Schadensberechnung, der Beweislast und anderer Fragen, die mit dem Schadenersatz zusammenhängen, müssen die Vorschriften der §§ 249 ff BGB ergänzend herangezogen werden, weil der Gesetzgeber in der Haftungsvorschrift des § 30 Abs. 3 nwGO diese Fragen nicht geregelt hat. Diese Lücke darf durch die sinngemäße Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften geschlossen werden, da diese zu dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Ersatzanspruches nicht im Widerspruch stehen ⁷⁵⁾.

VII. Kausalität

Eine Haftung der Ratsmitglieder nach § 30 Abs. 3 nwGO tritt nur ein, wenn der Schaden "infolge" eines Ratsbeschlusses entstanden ist. Dies bedeutet,

75) PETERS, Lehrbuch, S. 157.

daß der Ratsbeschuß für den Schaden verursachend (kausal) gewesen sein muß. Ein adäquat-ursächlicher Zusammenhang⁷⁶⁾ zwischen Beschluß und Schaden ist dann gegeben, wenn im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen der Beschluß zur Herbeiführung des Schadens geeignet gewesen ist⁷⁷⁾.

Es könnte der Gedanke kommen, daß der Kausalzusammenhang zwischen dem durch die Pflichtverletzung entstandenen Beschluß der Ratsmitglieder und dem Schaden dadurch unterbrochen worden ist, daß der Gemeindedirektor durch die Verletzung seiner gesetzlichen Beanstandungspflicht nach § 39 Abs. 2 nwGO eine neue Ursache für den Schaden gesetzt hat, die eine Haftung der Ratsmitglieder ausschließt. Im Gegensatz zum Recht des Bürgermeisters, Ratsbeschlüsse zu beanstanden, die das Wohl der Gemeinde gefährden (§ 39 Abs. 1 S. 1 nwGO), besteht die Beanstandungspflicht des Gemeindedirektors nur bei rechtswidrigen Beschlüssen. Da aber nicht jeder schadenstiftende Ratsbeschuß zugleich rechtswidrig sein muß - er wird es zwar in den meisten Fällen sein -, hat die Frage der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges nur Bedeutung bei rechtswidrigen Beschlüssen.

Dieses Problem tauchte schon bei der Außenhaftung auf. Wie oben dargelegt, wird der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Ratsmitglieder und dem Schaden durch die Verletzung der Beanstandungspflicht des Gemeindedirektors nicht unterbrochen, weil für die Frage der adäquaten Verursachung allein maßgebend ist, daß die Pflichtverletzung des Gemeindedirektors ohne die Pflichtverletzung der Ratsmitglieder nicht erfolgt wäre⁷⁸⁾.

76) Die allgemeinen Rechtsregeln über den ursächlichen Zusammenhang, die zumeist nur für das Gebiet des bürgerlichen Rechts entwickelt worden sind, gelten ebenfalls für öffentlich-rechtliche Ansprüche, vgl. RGZ 150, 210 (215).

77) Zum adäquaten Kausalzusammenhang vgl. auch S. 61 f.

78) Nach § 73 ndsGO haftet neben den Ratsherren der Gemeindedirektor für gesetzwidrige Beschlüsse des Rates, wenn er diesen nicht widersprochen hat.

Unabhängig von der Entscheidung über die Verursachung des Schadens durch die Ratsmitglieder ist evtl. eine schuldhafte Mitverursachung durch den Gemeindedirektor gegeben, wenn er rechtswidrige Ratsbeschlüsse pflichtwidrig nicht beanstandet hat ⁷⁹⁾. Hierdurch wird aber die Haftung der Ratsmitglieder weder ausgeschlossen noch im Außenverhältnis beschränkt ⁸⁰⁾.

Wie oben dargelegt, folgt aus der Natur eines Ratsbeschlusses als einer Mehrheitsentscheidung eines Kollegiums, daß eine doppelte Kausalität vorliegen muß: einmal muß das pflichtwidrige Verhalten der Ratsmitglieder kausal für den schadenstiftenden Beschluß und zum zweiten dieser Beschluß kausal für den eingetretenen Schaden sein.

Von den in Anspruch genommenen Ratsmitgliedern, die positiv am Zustandekommen des Beschlusses mitgewirkt haben, könnte nun jedes Ratsmitglied die Kausalität seines Verhaltens durch die Behauptung abwälzen wollen, daß seine Stimme für den Beschluß nicht entscheidend gewesen sei, weil auch ohne seine Zustimmung der Beschluß zustande gekommen wäre. Es ist zwar richtig, daß in den Fällen einer großen Mehrheit die Zustimmung einzelner Ratsmitglieder hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfällt. Da aber alle bei der Stimmabgabe zusammengewirkt haben, ist jede Zustimmung für den Beschluß ursächlich. Dies ist ein Fall der kumulativen Kausalität. Für die in Anspruch genommenen Ratsmitglieder bedeutet dies, daß jedes Ratsmitglied, das in schuldhafter Weise am Zustandekommen des schadenstiftenden Beschlusses mitgewirkt hat, kausal gehandelt hat und für den Schaden haftet ⁸¹⁾.

79) Vgl. 1. VerwVO zu § 39 nwGO: Der Gemeindedirektor "kann bei grobem Verstoß gegen diese Pflicht regreßpflichtig gemacht und dienstordnungsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden."

80) ALTHAUS, Recht der Gemeinden, 1957 S. 95, ist der Auffassung, daß die Vollzugsorgane in solchen Fällen neben den Mitgliedern der Vertretungskörperschaften als Gesamtschuldner haften. Da ihr Verschulden in jedem Fall (wegen der Sachkunde) größer sei als dasjenige der Mitglieder der Vertreterkörperschaft, würden sie im Innenverhältnis überwiegend, wenn nicht ausschließlich haften.

81) So auch für die Haftung der Betriebsratsmitglieder NEUMANN-DUESBERG, Betriebsverfassungsrecht, S. 336.

VIII. Gesamtschuldnerische Haftung

Die von der Gemeinde in Anspruch genommenen Ratsmitglieder haften gemäß § 840 BGB als Gesamtschuldner⁸²⁾. Die Haftung als Gesamtschuldner bedeutet, daß jedes in Anspruch genommene Ratsmitglied zum Ersatz des ganzen Schadens verpflichtet ist, die geschädigte Gemeinde den Schadenersatz aber nur einmal fordern darf (§ 421 BGB). Im Verhältnis zueinander sind die gesamtschuldnerisch haftenden Ratsmitglieder zu gleichen Teilen verpflichtet (§ 426 BGB), d.h. die Ratsmitglieder, die in einer ihren Anteil übersteigenden Höhe die Gemeinde befriedigt haben, haben gegenüber den anderen haftenden Ratsmitgliedern einen Ausgleichsanspruch. Die Ausgleichsvorschrift des § 426 BGB findet Anwendung.

Für die Innenhaftung der Beamten wird im Zusammenhang mit der gesamtschuldnerischen Haftung die Auffassung vertreten⁸³⁾, daß in besonders gelagerten Fällen die Fürsorgepflicht dem Dienstherrn gebietet, "jeden einzelnen Beamten nur in Höhe des auf ihn im Innenverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern entfallenden Teils in Anspruch zu nehmen, anstatt von der rechtlichen Möglichkeit Gebrauch zu machen, von jedem der Beamten den vollen Betrag zu verlangen"⁸⁴⁾. Dieser Gedanke muß auf die Ratsmitglieder entsprechend angewandt werden. Zwar bestehen zwischen der Gemeinde und den Ratsmitgliedern keine Fürsorgepflichten im Sinne des Beamtenrechts. Die Begründung für die Anwendung des Grundsatzes der gleichen Inanspruchnahme ergibt sich jedoch aus der besonderen Stellung der Ratsmitglieder. Die Ratsmitglieder erhalten im Gegensatz zu den Beamten keine Entlohnung für ihre Tätigkeit. Sie haben zwar nach §§ 30 Abs. 2 S. 2, 25 Abs. 1 nwGO einen Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen und des entgangenen Arbeitsverdienstes. Aus dem Sinn der 1. VerwVO zu § 30 nwGO erkennt man aber, daß die Entschädigung nur einen unzumutbaren Verdienstausschlag ausgleichen, daß im übrigen jedoch das Amt eines Rats-

82) KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. III zu § 30; HALTERMANN, Haftung, in SKV 1956 S. 208.

83) NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG, Bd. 2 Teil I Anm. 44 zu § 23 S. 484; FISCHBACH, BBG, 2. Aufl. § 78 B II b S. 586.

84) PENTZ, Haftung mehrerer Beamten, in DÖV 1961 S. 97 (100).

mitgliedes uneigennützig ausgeübt werden soll. Die Entschädigung hat nicht den Charakter einer Entlohnung für geleistete Dienste. Die Übernahme eines Mandates bedeutet für die meisten Ratsmitglieder ein echtes Opfer, das sie der Allgemeinheit bringen. Wenn nun die Ratsmitglieder bei der Erfüllung ihrer der Allgemeinheit dienenden Aufgaben ersatzpflichtig werden, muß bei der Geltendmachung des Schadens der uneigennützig dienende Charakter der Mandatsausübung berücksichtigt werden. Es würde gegen das Rechtsempfinden verstoßen, wenn die Gemeinde von ihrer rechtlichen Möglichkeit Gebrauch machen und etwa die begüterten Ratsmitglieder für den ganzen Schaden in Anspruch nehmen würde, um auf diese Weise möglichst rasch und einfach zum Ersatz zu kommen. In Gemeinden mit starkem sozialen Gefälle darf es nicht vorkommen, daß nur der Fabrikant in Anspruch genommen wird. Ein Ratsmitglied, das solche Erfahrungen gemacht hat, wird sich wohl nie wieder für ein Mandat zur Verfügung stellen.

Aber auch aus dem Treuegedanken läßt sich die Pflicht der Gemeinde zur gleichen Inanspruchnahme ableiten. Die Ratsmitglieder stehen zur Gemeinde in einem besonderen Treueverhältnis. Da zum Wesen des Treueverhältnisses die Gegenseitigkeit gehört, steht der Treuepflicht der Ratsmitglieder eine Treuepflicht der Gemeinde zu ihren Ratsmitgliedern gegenüber. Eine solche Treuepflicht der Gemeinde besteht hauptsächlich in der Gewährung von Fürsorge und Schutz. Zwar können fürsorgerechtliche Grundsätze der Beamten auf Ratsmitglieder keine Anwendung finden, aber aus dem Fürsorge- und Schutzgedanken ergibt sich für die Gemeinde die Pflicht, die schadenersatzpflichtigen Ratsmitglieder nur in Höhe des auf sie im Innenverhältnis entfallenden Teiles in Anspruch zu nehmen.

§ 16 Die Durchsetzung der Innenhaftung

I. Die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches

Erleidet die Gemeinde durch einen Ratsbeschluß einen Schaden, so entsteht der Schadenersatzanspruch gemäß § 30 Abs. 3 nwGO mit Erfüllung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale. Die Geltendmachung dieses Ersatzanspruches vollzieht sich in drei Stufen. Die erste Stufe ist vorbereitender Art. Sie umfaßt die Untersuchung darüber, ob alle Tatbestandsmerkmale für den Schadenersatzanspruch erfüllt sind und damit ein An-

spruch gegen die Ratsmitglieder gegeben ist. Wird ein Anspruch bejaht, folgt nun in der zweiten Stufe die wichtige Entscheidung darüber, ob der Anspruch gegenüber den Ratsmitgliedern auch durchgesetzt werden soll⁸⁵⁾. Hierbei hat die Gemeinde einen gewissen Ermessensspielraum⁸⁶⁾, der aber begrenzt wird durch § 38 GemHVO, wonach die Gemeinde ihre Forderungen vollständig und rechtzeitig einziehen muß. In dieser zweiten Stufe wird auch festgelegt, mit welcher Verfahrensart der Ersatzanspruch geltend gemacht werden soll. Solche Verfahrensarten sind beispielsweise das Erstattungsverfahren, die Aufrechnung und die gerichtlichen Verfahren. Danach folgt in der dritten Stufe die praktische Verfolgung des Anspruches in der vorher festgelegten Verfahrensart. Hierzu gehören beispielsweise die Erhebung der Klage, der Schriftwechsel, Terminswahrnehmung und alle sonstigen Prozeßhandlungen.

a) Zuständigkeit für die Geltendmachung

Die Frage nach der Zuständigkeit zur Entscheidung über die Geltendmachung eines Ersatzanspruches berührt sich mit dem Problem der Interessenkollision. Wenn die Gemeinde Ansprüche gegen ihre Organe geltend machen will, entsteht ein echter Widerstreit zwischen den Interessen der Gemeinde und dem einzelnen, insbesondere dann, wenn nach der Gemeindeverfassung das ersatzpflichtige Organ zur Vertretung der Gemeinde berufen ist.

85) Die schlhGO kennt keine Haftung der Ratsmitglieder, sondern nur eine Haftung des Hauptgemeindebeamten (§ 74). Die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches setzt einen sogenannten "Erstattungsbeschluß" der Gemeindevertretung voraus. Vgl. § 29 Abs. 1: "Ein Beschluß der Gemeindevertretung über

a) die Geltendmachung von Ansprüchen der Gemeinde gegen den Bürgermeister in Städten gegen die Mitglieder des Magistrats,

b) ...

ist von ihr selbst oder einem von ihr 'gewählten Beauftragten auszuführen."

86) Vgl. LINDEMANN, ndsGO, Anmerkung zu § 43: "Der Rat wird allerdings bei der Beschlußfassung über die Geltendmachung des Schadens die Lage des Einzelfalles besonders zu würdigen haben."

1) In der Regel sind solche Fälle durch Sondervorschriften erfaßt. Schon die früheren preußischen Städteordnungen sahen für den Fall der Geltendmachung eines Anspruches der Gemeinde gegen Mitglieder des Magistrats wegen ihrer Amtsführung vor, daß die Aufsichtsbehörde der Gemeinde einen Prozeßbevollmächtigten bestellte ⁸⁷⁾. Diese Regelung ergab sich folgerichtig aus der Interessenkollision. In der DGO wurde bestimmt, daß Ansprüche der Gemeinde gegen den Bürgermeister durch die Aufsichtsbehörde geltend zu machen seien (§ 115 DGO) ⁸⁸⁾. Die rev.DGO übernahm diese Bestimmung. Da aber nun der Gemeinderat oberstes Verwaltungsorgan der Gemeinde war und der Gesetzgeber deshalb die Haftung nach § 33 Abs. 3 rev.DGO eingeführt hatte, wurde der Wortlaut der Vorschrift der neuen Rechtslage angepaßt: "Ansprüche der Gemeinde gegen den Bürgermeister oder andere Gemeinderäte werden von der Aufsichtsbehörde geltend gemacht" (§ 115 Abs. 1 S. 1 rev.DGO).

Diese Vorschrift wurde nicht in die nwGO übernommen. Es gibt jetzt keine gesetzliche Regelung darüber, wer Schadensersatzansprüche der Gemeinde gegen Ratsmitglieder geltend macht ⁸⁹⁾. Es muß daher versucht werden, aus der allgemeinen Zuständigkeitsregelung der nwGO das Organ der Gemeinde zu finden, das zur Geltendmachung der Ersatzansprüche berufen ist.

2) GÖRG vertritt die Ansicht ⁹⁰⁾, daß die Geltendmachung von Ersatzansprüchen zu dem Aufgabenkreis des Gemeindedirektors gehört, da nach § 55 nwGO die gesetzliche Vertretung der Gemeinde als auf den Gemeindedirektor übertragen gilt, soweit nicht der Rat für einen bestimmten Kreis

87) Vgl. § 44 Abs. 2 StO Östl. 1853; § 44 Abs. 2 StO Westf. 1856; § 41 Abs. 2 StO Rheinpr. 1856; § 64 Abs. 3 StO Schlesw. Holst. 1869; § 47 Abs. 2 StO Hess. Nass. 1897.

88) Vgl. auch SUREN-LOSCHOLDER, DGO, Erl. 1 a zu § 115.

89) § 46 Abs. 1 ndsGO: "Ansprüche der Gemeinde gegen Ratsherren werden vom Rat geltend gemacht. Er wählt hierzu aus seiner Mitte einen oder mehrere Beauftragte."

90) GÖRG, Neues Gemeindeverfassungsrecht, in DöD 1952 S. 202 f. Dieser Auffassung haben sich ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, 2. Aufl. S. 200 angeschlossen.

von Geschäften oder einen Einzelfall etwas anderes bestimmt. Bei der Frage nach dem Organ, das die Ansprüche der Gemeinde gegen den Rat geltend macht, handelt es sich aber weniger darum, wer die Gemeinde im Schadenersatzprozeß nach außen vertritt (dritte Stufe), als vielmehr darum, wer die Entscheidung darüber trifft, ob und gegebenenfalls wie ein Ersatzanspruch geltend gemacht werden soll. Dies ist aber keine Frage der Zuständigkeit für die Außenvertretung der Gemeinde, sondern der internen Zuständigkeit für diese Art Verwaltungsangelegenheiten (§ 28 nwGO). Die Vertretungsmacht ist in § 55 nwGO geregelt, dagegen ist die interne Geschäftsführungsbefugnis in § 28 nwGO geregelt⁹¹⁾. Der § 55 nwGO ist daher nicht geeignet, die Zuständigkeit des Gemeindedirektors für die Geltendmachung des Ersatzanspruches gegen Ratsmitglieder zu begründen.

3) Demgegenüber vertreten einige Autoren die Ansicht, daß der Rat selbst verpflichtet sei, die Ersatzansprüche der Gemeinde gegen die Ratsmitglieder geltend zu machen, da der Rat gemäß § 28 Abs. 1 nwGO "für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung" zuständig sei⁹²⁾.

Gegen diese Ansicht bestehen rechtliche und praktische Bedenken. Die Zuständigkeit zur Geltendmachung läßt sich zwar auch aus der Allzuständigkeit des Rates herleiten, darüber hinaus gehört nach § 28 Abs. 1 S. 2 Lit t die Führung von Rechtsstreitigkeiten und der Abschluß von Vergleichen zu den unübertragbaren Verwaltungsaufgaben des Rates, soweit es sich nicht um einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung handelt. Durch diese Bestimmung wird nicht nur die Herrschaft des Rates über den Aktivprozeß festgelegt - zur eigentlichen Prozeßführung muß sich der Rat eines Bevollmächtigten bedienen, da er als Kollegium keine Prozeßhandlungen vorneh-

91) Vgl. hierzu OLG Köln, Beschl. v. 12. 8. 60 in DVBl 1960 S. 816; vgl. auch oben S. 84 f.

92) So insbesondere ZUMPE, Rechtsstellung, S. 51 f.; ebenso KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. III zu § 30; HURST, Haftung, in Die Gemeinde 1962 S. 131; ODENBREIT, GO, 10. Aufl. S. 277 sagt nur, daß die Gemeinde im Gegensatz zur rev. DGO nun selbst den Ersatzanspruch geltendmachen müsse; er sagt aber nicht, welches Organ in der Gemeinde handeln muß. HALTERMANN, Haftung, in SKV 1956 S. 208 entscheidet sich für keine der beiden Ansichten.

nehmen kann -, sie beinhaltet insbesondere die Entscheidungsbefugnis des Rates darüber, wie und in welchem Umfang ein Anspruch geltend gemacht werden, d.h. ob überhaupt ein Rechtsstreit über den Anspruch geführt werden soll ⁹³⁾.

Diese Befugnis des Rates wird für die Fälle eingeschränkt, in denen es sich bei der Führung von Rechtsstreitigkeiten um einfache Geschäfte der laufenden Verwaltung handelt; sie gelten als auf den Gemeindedirektor übertragen (§ 28 Abs. 3 nwGO). Bei den "einfachen Geschäften der laufenden Verwaltung" handelt es sich um Angelegenheiten untergeordneter Bedeutung, die sich regelmäßig wiederholen und daher im gewöhnlichen Geschäftsverkehr routinemäßig erledigt werden können ⁹⁴⁾. Unter diesen Begriff fallen daher nicht die Angelegenheiten, die wegen sachlicher Besonderheiten, finanzieller Erheblichkeit oder politischer Auswirkungen eine besondere Bedeutung haben. Die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches gegen Ratsmitglieder kann deshalb nicht zu den einfachen Geschäften der laufenden Verwaltung gehören. Unabhängig von der Höhe des Anspruches ist die Geltendmachung eines solchen Ersatzanspruches nach § 30 Abs. 3 nwGO eine sachlich schwierige Angelegenheit, die dazu meistens noch mit kommunalpolitischem Sprengstoff geladen ist. Die Geltendmachung bleibt daher nach § 28 Abs. 1 S. 2 Lit t nwGO dem Rat vorbehalten.

Damit ist zwar die Zuständigkeit des Gemeinderates zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gemeinde gegen Ratsmitglieder gegeben, aber hier tauchen nun aus dem Gesichtspunkt der Interessenkollision rechtliche wie praktische Schwierigkeiten auf. Wenn der Schaden auf Grund eines Ratsbeschlusses eingetreten ist, sind alle Ratsmitglieder, die an der Beschlußfassung mitgewirkt haben, gemäß § 30 Abs. 2 i. V. m. § 23 nwGO an der

93) SCHNEIDER, Zuständigkeit, in Kom.pol. Bl. 1956 S. 908.

Vgl. auch § 38 Abs. 4 S. 2 GemHVO: "Ansprüche gegen Beamte oder Angestellte auf Erstattung von Fehlbeständen sowie Ansprüche gegen Beamte, Angestellte und Arbeiter auf Ersatz von Schäden infolge schuldhaften Verhaltens im Dienst, dürfen nur mit Zustimmung des Rates der Gemeinde erlassen werden."

94) Vgl. auch BENNER, Zuständigkeitsverteilung, Diss.jur. Münster 1960 S. 176 ff, der sich mit Rechtsprechung und Literatur zu diesem Begriff eingehend auseinandersetzt.

Mitwirkung über die Entscheidung, ob und wie der Schadenersatzanspruch gegen die Ratsmitglieder geltend gemacht werden soll, wegen Interessenkollision kraft Gesetzes ausgeschlossen. Dies ist der klassische Fall einer Interessenkollision, zu deren Begründung es keiner weiteren Erläuterung bedarf. Wie scharf das Mitwirkungsverbot beachtet werden muß, zeigt gerade die Haftungsbestimmung des § 30 Abs. 3 Lit. b nwGO, nach der Ratsmitglieder für einen Schaden haften, wenn sie trotz und in Kenntnis des Mitwirkungsverbotes an dem schadenstiftenden Beschluß mitgewirkt haben. Zur Entscheidung durch den Rat bleiben nur wenige Fälle übrig, in denen der Schaden durch den Beschluß eines entscheidungsberechtigten Ausschusses entstanden ist. Hier wären die restlichen Ratsmitglieder an der Entscheidung über die Geltendmachung eines Ersatzanspruches gegen Ausschußmitglieder nicht gehindert, weil sie an dem schadenstiftenden Beschluß nicht beteiligt waren. Allerdings tauchen hier wieder erhebliche Zweifel auf, ob in der Praxis eine solche Entscheidung objektiv getroffen wird. Abgesehen davon ist es unzutraglich, verschiedene Zuständigkeiten für die Geltendmachung eines Ersatzanspruches zu begründen, je nachdem, ob zufällig der gesamte Rat oder nur ein Ausschuß einen zum Ersatz verpflichtenden Beschluß gefaßt hat. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß der Gemeinderat zwar nach der Zuständigkeitsverteilung zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen befugt ist, aber von Gesetzes wegen in den meisten Fällen an der Ausübung der Befugnis gehindert ist.

4) Aus der Tatsache, daß es einerseits die Haftungsvorschrift des § 30 Abs. 3 nwGO gibt, andererseits die Vorschrift der rev. DGO über die Geltendmachung solcher Ersatzansprüche durch die Aufsichtsbehörde nicht in die nwGO übernommen worden ist, kann nur die Folgerung gezogen werden, daß nicht die Aufsichtsbehörde, sondern ein Organ der Gemeinde die Ersatzansprüche geltend machen soll. Da aber der Rat wegen Interessenkollision kraft Gesetzes von der Geltendmachung ausgeschlossen ist, muß diese Aufgabe dem Gemeindedirektor zufallen. Wegen des monistischen Aufbaues der Gemeindeordnung scheint es, als ob die Befugnis des Gemeindedirektors zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Ratsmitglieder aus der allgemeinen Zuständigkeitsordnung herausfielen. Dies ist aber nicht der Fall. Neben dem Rat als beschließendem Organ hat der Gemeindedirektor

eine selbständige Stellung als ausführendes Organ. Er ist nicht Beauftragter des Rates wie der Hauptgemeindebeamte nach der rev.DGO, sondern Organ der Gemeinde⁹⁵⁾, das mit Kompetenzen gesetzlich ausgestattet ist, die mit unmittelbarer Wirkung für und gegen die Gemeinde ausgeübt werden. Nicht der Rat übernimmt die Verantwortung für das Handeln des Gemeindedirektors, sondern der Gemeindedirektor trägt eine eigene Verantwortung gegenüber dem Rat⁹⁶⁾.

Nach der nwGO hat der Gemeindedirektor eine ganze Reihe von uneingeschränkbaren Kompetenzen, die der Disposition des Rates entzogen sind⁹⁷⁾. Zu diesen Kompetenzen gehört insbesondere die Pflicht des Gemeindedirektors, gesetzwidrige Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse zu beanstanden (§ 39 Abs. 2 u. 3 nwGO). Er kann hierzu von der Aufsichtsbehörde angewiesen werden (§ 108 Abs. 1 S. 1 nwGO). Diese Beanstandungspflicht bildet einen Berührungspunkt zu der in Frage stehenden Befugnis des Gemeindedirektors, Schadenersatzansprüche nach § 30 Abs. 3 nwGO gegenüber den Ratsmitgliedern geltend zu machen. In beiden Fällen muß der Gemeindedirektor dem Rat entgegentreten. Im ersten Fall muß er handeln, um die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu wahren und einen Schaden zu verhüten, im zweiten Fall, um nach Eintritt eines Schadens dafür zu sorgen, daß die gesetzlich vorgeschriebene Ersatzpflicht erfüllt wird. Beide Vorschriften haben einen Schutzzweck. Dem Schutz für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in § 39 nwGO entspricht der Schutzgedanke in § 30 Abs. 3 nwGO, zu dem noch der Wiedergutmachungsgedanke hinzukommt. Man ist versucht zu sagen, daß die Befugnis des Gemeindedirektors zur Geltendmachung eines Schadens sich als Konsequenz aus der Beanstandungspflicht ergibt; will man nicht so weit gehen, dann muß wenigstens festgestellt werden, daß die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen sich ohne Schwierigkeiten in

95) Vgl. Urt. d. VerfGH von NW v. 21. 8. 1954 in OVG Münster AS Bd. 9 S. 74 (78); ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, S. 266 f; BENNER, Zuständigkeitsverteilung, S. 71 f.

96) BECKER, Gemeindeverwaltung, in DVBl 1956 S. 7.

97) Vgl. diesen Kompetenzkatalog bei BECKER, Gemeindeverwaltung, in DVBl 1956 S. 7.

den Rahmen der sonst dem Gemeindedirektor zustehenden Befugnisse einfügt.

Es ergeben sich aber auch hier praktische Schwierigkeiten.

In den Fällen, in denen der Schaden infolge eines rechtswidrigen Ratsbeschlusses eingetreten ist, wird der Gemeindedirektor meistens wegen Interessenkollision an der Geltendmachung des Anspruches gehindert sein, weil für ihn die Gefahr besteht, wegen Verletzung seiner Beanstandungspflicht nach § 39 Abs. 2 nwGO selbst haftbar gemacht zu werden.

Aber auch wenn der Gemeindedirektor nicht gehindert ist, den Anspruch geltend zu machen, wird er den Mut aufbringen, einen Ersatzanspruch gegen die Ratsmitglieder durchzusetzen? Da er auf eine gedeihliche Zusammenarbeit mit dem Rat angewiesen ist, wäre es nur zu verständlich, wenn er die Geltendmachung unterließe, um die Zusammenarbeit nicht zu gefährden, denn auch Ratsmitglieder sind Menschen, die vielleicht in Verärgerung über die persönliche Inanspruchnahme, die Sache nicht von der Person, die diese Sache vertreten muß, trennen können.

5) Kommt der Gemeindedirektor seiner Pflicht zur Geltendmachung des Ersatzanspruches der Gemeinde nicht nach, so kann die Aufsichtsbehörde nach §§ 109 f nwGO mit ihren Aufsichtsmitteln dafür sorgen, daß die Ansprüche gegen die Ratsmitglieder geltend gemacht werden⁹⁸⁾. Voraussetzung des Anordnungsrechts des § 109 nwGO ist die Nichterfüllung der der Gemeinde nach dem Gesetz obliegenden Pflichten und Aufgaben. In der ersten Verwaltungsverordnung zu § 109 nwGO ist der Begriff der gesetzlich obliegenden Pflichten und Aufgaben dahin erläutert, daß darunter "alle auf einer gültigen Rechtsnorm beruhenden oder von ihr ausgehenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen" zu verstehen sind. Wenn auch die Haftungs Vorschriften des § 30 Abs. 3 nwGO unter der Überschrift "Pflichten der Ratsmitglieder" steht, so entsteht doch mit Erfüllung des Haftungstatbestandes für die Gemeinde die Verpflichtung, die sich hieraus ergebenden

98) ODENBREIT, GO, 11. Aufl. S. 277 u. 434; ZUHORN-HOPPE, Gemeindeverfassung, 2. Aufl. S. 209; ZUMPE, Rechtsstellung, S. 50 f.

Ansprüche geltend zu machen⁹⁹⁾. Dies ergibt sich auch aus der Vorschrift des § 38 GemHVO, wonach die Forderungen der Gemeinde grundsätzlich rechtzeitig und vollständig einzuziehen sind. Nur unter besonderen Voraussetzungen, die an strenge Maßstäbe gebunden sind, dürfen Forderungengegnet, niedergeschlagen oder erlassen werden (§ 38 Abs. 2-4 GemHVO). Unter Forderungen fallen auch die deliktischen Ansprüche¹⁰⁰⁾ gegen eine bestimmte Person (§ 38 Abs. 4 S. 2 GemHVO)¹⁰¹⁾. Seinem Wesen nach ist der Anspruch aus § 30 Abs. 3 nwGO ein deliktischer Anspruch. Die Voraussetzungen zum Eingreifen der Aufsichtsbehörde bei Nichtgeltendmachung des Ersatzanspruches der Gemeinde aus § 30 Abs. 3 nwGO sind damit gegeben.

Durch die Anordnung der Aufsichtsbehörde ist über die 1. und 2. Stufe der Geltendmachung bereits positiv entschieden. Die Wahl der Verfahrensart und die praktische Durchführung des Verfahrens hat der Gemeindedirektor als das dafür zuständige Organ vorzunehmen. Kommt er der Anordnung nicht innerhalb der gesetzten Frist nach, kann die Aufsichtsbehörde im Wege der Ersatzvornahme die Anordnung selbst durchführen oder die Durchführung einem anderen übertragen (§ 109 Abs. 2 nwGO). Dieser "andere" kann wieder der Gemeindedirektor sein¹⁰²⁾.

Durch die Nichtübernahme des § 115 rev. DGO und das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung über die Geltendmachung eines Anspruches aus § 30 Abs. 3 nwGO ist eine Gesetzeslücke entstanden, deren Schlie-

99) ODENBREIT, a. a. O. S. 434.

100) Der Begriff "Anspruch" ist gegenüber dem Begriff der Forderung der allgemeinere. Ein Anspruch ist jedes zur Durchsetzung und zum Schutz subjektiver Rechte gewährte, gerichtlich einklagbare Einzelbegehren. Eine Forderung ist der Rechtsinhalt eines persönlichen Rechts auf Leistung seitens eines bestimmten Verpflichteten (Schuldner); so ESSER, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Aufl. § 22, 2.

101) § 38 Abs. 4 S. 2 Gemeindehaushaltsverordnung "Ansprüche ... gegen Beamte, Angestellte und Arbeiter auf Ersatz von Schäden infolge schuldhaften Verhaltens im Dienst dürfen nur mit Zustimmung des Rates der Gemeinde erlassen werden."

102) KOTTENBERG, nwGO, 7. Aufl. Erl. III zu § 109.

ßung zwar durch die Zuständigkeit des Gemeindedirektors möglich war, deren Lösung aber wegen der aufgezeigten Schwierigkeiten in der Praxis nicht überzeugen kann. Es wäre daher zu wünschen, wenn durch den Gesetzgeber diese Gesetzeslücke etwa in der von HALTERMANN¹⁰³⁾ vorgeschlagenen Form geschlossen würde: Sobald der Gemeindedirektor feststellt, daß die Gemeinde durch einen Ratsbeschluß einen Schaden erlitten hat, muß er dieses der Aufsichtsbehörde melden. Diese führt dann eine Prüfung durch und macht nötigenfalls den Ersatzanspruch gegen die Ratsmitglieder geltend.

b) Verfahrensarten für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen

Ersatzansprüche, die dem Verhältnis zwischen Amtsträger und öffentlich-rechtlicher Körperschaft entspringen, können auf verschiedene Weise gegen den Ersatzpflichtigen geltend gemacht werden. Die zwei wichtigsten Arten sind das Erstattungsverfahren und die Verfahren vor einem Gericht. Es ist nun zu untersuchen, welche Verfahrensarten gegen Schadenersatzpflichtige Ratsmitglieder Anwendung finden können.

1) Haben Beamte, Angestellte und Arbeiter einen Fehlbestand an öffentlichem Vermögen ihrer Verwaltung verschuldet, so kann gegen sie für den Schadenersatz ein beschleunigtes Verwaltungsverfahren, das sogenannte Erstattungsverfahren durchgeführt werden, das zu einem vollstreckbaren Titel gegen den Bediensteten führt¹⁰⁴⁾. Die Vorschriften des Erstattungsgesetzes enthalten kein materielles Recht. Sie regeln lediglich das Verfahren, in dem die in anderen Gesetzen begründete Haftung geltend gemacht werden kann. Das Erstattungsverfahren hat den Zweck, unter Vermeidung des umständlichen, langwierigen und kostspieligen Rechtsweges dem Ersatzberechtigten auf möglichst schnelle und einfache Weise eine Entscheidung zu verschaffen, auf Grund deren die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann.

Das Erstattungsgesetz findet nur Anwendung auf Beamte, Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes (§ 1 Abs. 1 ErstG). Der Begriff Beam-

103) HALTERMANN, Haftung, in SKV 1956 S. 208.

104) Erstattungsgesetz vom 18. 4. 1937 RGBl I S. 461 mit DVO v. 29. 6. 1937 RGBl I S. 723; Bundesfassung BGBl I 1951 S. 109.

ter wird hier im dienstrechtlichen, nicht im ausdehnenden haftungsrechtlichen Sinne gebraucht ¹⁰⁵⁾. Der Absatz 1 des § 1 ErstG gibt nicht nur eine beispielhafte Aufzählung, sondern grenzt den belangbaren Personenkreis abschließend ab ¹⁰⁶⁾. Es wird in dieser Vorschrift erkennbar auf ein dienstrechtliches Verhältnis der ersatzpflichtigen Personen zu einem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn abgestellt. Zwischen der Gemeinde und den Ratsmitgliedern besteht aber kein dienstrechtliches Verhältnis. Ihr Mandat verdanken die Ratsmitglieder der Wahl durch die Gemeindebürger. Wenn ihre Rechtsstellung auch mit amtsrechtlichen Elementen angereichert ist, so haben sie doch in erster Linie einen repräsentativen Status. Die Durchführung eines Erstattungsverfahrens gegen Ratsmitglieder ist daher nach § 1 Abs. 1 ErstG ausgeschlossen ¹⁰⁷⁾.

Der vom Erstattungsgesetz erfaßte Personenkreis wird aber durch den § 2 ErstG erweitert. Auch gegen solche Personen kann ein Erstattungsverfahren durchgeführt werden, die einen Tatbestand erfüllt haben, hinsichtlich dessen auch Beamte, Angestellte und Arbeiter für einen Fehlbestand haften würden und im Wege des Erstattungsverfahrens in Anspruch genommen werden könnten.

Im Wege des Erstattungsverfahrens können nur die im Gesetz enumerativ aufgezählten Haftungsgruppen verfolgt werden; selbst ähnlich gelagerte Fälle scheiden aus ¹⁰⁸⁾.

Die Haftungsgruppen sind folgende:

- a) Ansprüche auf Ersatz von Schäden, die durch Verletzung von Dienstpflichten verursacht wurden und den Charakter von Kassen- oder bestandsmäßigen Verlusten - Kassen- und Lagerfehlbestände - haben (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 1)

105) Vgl. ME d. Bayer. Staatsministeriums d. Inneren v. 19.10.1955 bzgl. Erstattungsverfahren gegen ehrenamtliche Bürgermeister und ehrenamtliche Gemeindekassierer, abgedruckt bei HEUSER-KOBEL, ErstG, S. 54/55.

106) HEUSER-KOBEL, ErstG, Erl. 4 zu § 1 S. 81.

107) So HEUSER-KOBEL, ErstG, S. 82.

108) HEUSER-KOBEL, ErstG, Erl. 12 zu § 1 S. 90.

- b) Ansprüche auf Ersatz von Schäden, die durch fehlerhafte Rechnungsweise oder unterlassene oder unzureichende rechnerische Nachprüfung verursacht wurden - Rechnungsfehlbestände - (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 2)
- c) Ansprüche auf Ersatz von Schäden, die durch vorsätzliche strafbare Handlungen verursacht wurden (§ 1 Abs. 2 Nr. 2).

Diese Aufzählung läßt erkennen, daß dem Erstattungsverfahren nur solche Haftungsfälle unterstellt sein sollen, die nach Art ihrer Entstehung und Feststellung, sowie vor allem hinsichtlich der Haftungsfragen, leicht überschaubar sind ¹⁰⁹⁾.

Eine Schadenersatzpflicht der Ratsmitglieder aus den aufgezählten Haftungsgruppen ist nicht möglich, da der Rat in dem Bereich, in dem die Haftungsfälle denkbar sind, nicht tätig wird. Denn der Rat verwaltet keine Kassen- oder Vermögensbestände ¹¹⁰⁾ - der Verlust muß gerade durch Verletzung einer Dienstpflicht in Bezug auf die anvertraute Vermögensverwaltung bewirkt sein - zum anderen betrifft ein Rechnungsfehlbestand nur die Vermögensverwaltung im engeren Sinne ¹¹¹⁾, so daß auch nicht die Abnahme der Jahresrechnung durch den Rat gemäß § 28 Abs. 1 Lit. j nwGO darunter fällt.

Aber auch der praktisch wichtigste Fall der Anwendung eines Erstattungsverfahrens, nämlich wegen einer vorsätzlichen strafbaren Handlung, ist in Bezug auf den Rat nicht denkbar, weil es begrifflich nicht möglich ist, daß der Rat durch einen Beschluß etwa ein Eigentumsdelikt begehen könnte. Die Ratsmitglieder gehören daher nicht zu dem erweiterten Personenkreis des § 2 ErstG.

Aber abgesehen von der Unmöglichkeit der Erfüllung der Haftungstatbestände des Erstattungsgesetzes könnte ein Erstattungsverfahren gegen Ratsmitglieder auch deshalb keine Anwendung finden, weil ein Schadenersatzan-

109) Vgl. Amtl. Begründung zum ErstG in Dt. Reichsanzeiger Nr. 94 v. 26.4.1937 wiedergegeben bei HEUSER-KOBEL, ErstG, S. 14-18.

110) Vgl. zu diesen Begriffen: FISCHBACH, BBG, 2. Aufl. Anm. F. I 1 a zu § 78; HEUSER-KOBEL, ErstG, Erl. 13 zu § 1 S. 90.

111) Vgl. HEUSER-KOBEL, ErstG, Erl. 14 zu § 1 S. 97.

spruch aus § 30 Abs. 3 nwGO zu vielfältige Probleme und Fragen aufwirft, als daß diese in einem Erstattungsverfahren geprüft und gelöst werden könnten; diese Haftungsfragen sind nicht leicht überschaubar. Ein Erstattungsverfahren nach dem Erstattungsgesetz ist daher gegen Ratsmitglieder nicht durchführbar.

2) Nach dem Beamtenrecht kann der Dienstherr einen Ersatzanspruch unter Umständen durch Aufrechnung mit den Dienstbezügen des Beamten durchsetzen. Hierfür ist aber Voraussetzung, daß es sich um einen Fall der Rückgriffshaftung handelt. Mit der Amtspflichtverletzung ist der Ersatzanspruch fällig geworden. Sobald die Höhe des Schadens durch die Ersatzleistung des Dienstherrn an den Dritten feststeht, kann der Dienstherr gegenüber den Bezügen des Beamten im Rahmen der Pfändungsgrenze aufrechnen (§ 84 Abs. 2 BBG)¹¹²⁾.

Eine solche Aufrechnung mit Rückgriffsansprüchen der Gemeinde gegen die Ansprüche der Ratsmitglieder auf Auslagenersatz, entgangenen Arbeitsverdienst oder Sitzungsgelder (§ 30 Abs. 2 i. V. m. § 25 nwGO) kommt aus zweierlei Gründen nicht in Frage. Erstens ist mit der Feststellung des Schadens durch die Ersatzleistung der Gemeinde an einen Dritten noch nicht geklärt, wer von den Ratsmitgliedern für den schädigenden Beschluß verantwortlich ist. Zweitens ist eine Aufrechnung gegen diese Art von Forderungen nicht möglich. Nach § 25 Abs. 4 nwGO sind sie nicht übertragbar und damit nach § 851 ZPO nicht pfändbar; gegen eine unpfändbare Forderung kann aber nach § 394 BGB nicht aufgerechnet werden.

3) Damit bleibt der Gemeinde zur Durchsetzung ihrer Schadenersatzansprüche aus § 30 Abs. 3 nwGO nur der Weg zu den Gerichten.

II. Der Rechtsweg

Es ist zweifelhaft, ob die Gemeinde zur Durchsetzung ihrer Schadenersatzansprüche aus § 30 Abs. 3 nwGO den ordentlichen Rechtsweg einschlagen kann, oder ob für diese Schadenersatzansprüche der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist.

112) FISCHBACH, BBG, 2. Aufl. Anm. E 1 zu § 78.

a) Rückgriff aus Art. 34 GG, § 839 BGB

Für die Rückgriffsansprüche der Gemeinde aus Amtspflichtverletzung bestehen hinsichtlich des Rechtsweges keine Zweifel, denn für Schadenersatzansprüche gegen den Staat oder die öffentliche Körperschaft wegen Verletzung einer Amtspflicht gegenüber Dritten in Ausübung eines öffentlichen Amtes sowie den Rückgriff des Dienstherrn gegen den schädigenden Amtsträger darf nach Art. 34 S. 3 GG der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden¹¹³⁾. Hat also die Gemeinde gemäß Art. 34 GG, § 839 BGB einem Dritten Schadenersatz leisten müssen, kann sie - wenn die Voraussetzungen des § 30 Abs. 3 nWGO gegeben sind - gegen die schuldigen Rats- oder Ausschußmitglieder im Zivilrechtsweg Rückgriffsansprüche geltend machen.

b) Rechtsweg für Ansprüche gegen Beamte und Angestellte

Für alle übrigen Ersatzansprüche der Gemeinde bleibt die Frage nach dem Rechtsweg aber offen. Kann vielleicht aus Schadenersatzvorschriften, die dem § 30 Abs. 3 nWGO ähnlich sind und für die ein bestimmter Rechtsweg vorgeschrieben ist, etwas entnommen werden?

Für Ersatzansprüche des Dienstherrn gegen den Beamten, der schuldhaft seine Amtspflichten verletzt hat (§ 78 BBG, § 89 LBG) ist durch gesetzliche Regelung der Verwaltungsrechtsweg gegeben (§ 172 BBG, § 126 BRRG Beamtenrechtsrahmengesetz)¹¹⁴⁾. Für alle Ersatzansprüche der Dienstherrn gegen Angestellte und Arbeiter sind die Arbeitsgerichte ausschließlich zuständig¹¹⁵⁾.

113) Vgl. S. 78 f dieser Untersuchung, mit der dort angegebenen Literatur; ferner KOEHLER, VwGO, Anm. I 5 u. X zu § 40; SCHUNK-DE CLERK, VwGO, Erl. 4 II.

114) § 172 BBG: "Für Klagen aus dem Beamtenverhältnis gelten §§ 126, 127 u. 136 des Beamtenrahmengesetzes." § 126 BRRG: "(1) Für alle Klagen der Beamten, Ruhestandsbeamten, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben. (2) Für Klagen des Dienstherrn gilt das gleiche." Vgl. auch BOCHALLI, BBG, 2. Aufl. Anm. I 1 zu § 172.

115) BOCHALLI, a. a. O., Anm. IV zu § 173; KOEHLER, VwGO, Anm. XI 6 d zu § 40.

Aber weder die eine noch die andere Zuständigkeit kann für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Ratsmitglieder entsprechend herangezogen werden, weil die Ratsmitglieder weder in einem vertraglichen Arbeitsverhältnis zur Gemeinde stehen noch Beamte in staatsrechtlichem Sinne sind. Die Vorschrift des § 126 BRRG gilt ausschließlich für Beamte in staatsrechtlichem Sinne. Sie ist eine spezielle Regelung, die nur für das Beamtenrecht geschaffen worden ist, um für die Klagen aus dem Beamtenverhältnis die frühere Doppelgleisigkeit des Rechtsweges zu vermeiden¹¹⁶⁾. Eine entsprechende Anwendung auf Ratsmitglieder ist daher nicht möglich.

c) Verwaltungsrechtsweg - Zivilrechtsweg

Die Ausübung des Mandats durch die Ratsmitglieder gehört nicht dem Privatrecht an, sondern wurzelt im öffentlichen Recht. Es liegt daher der Gedanke nahe, daß für alle Streitigkeiten, die sich aus dieser Tätigkeit ergeben, die Verwaltungsgerichte zuständig sind.

1) In § 40 VwGO sind die Zuständigkeitsvoraussetzungen für den Verwaltungsrechtsweg geregelt. Nach Abs. 1 des § 40 VwGO ist für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Dieser Grundsatz wird aber durch Abs. 2 des § 40 VwGO dahineingeschränkt, daß für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung, aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung sowie für Schadenersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten der ordentliche Rechtsweg gegeben ist. Dieser Absatz wurde erst später¹¹⁷⁾ in den Gesetzesentwurf eingefügt. Die Einfügung wurde damit begründet, daß es sich bei den genannten Ansprüchen zwar um Streitigkeiten des öffentlichen Rechts handele, daß aber die ausdrückliche Zuweisung der Streitigkeiten über die Höhe der Entschädigung bei Enteignung (Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG) und der Amtshaftungsklagen (Art. 34 S. 3 GG) an die Zivilgerichte diese Regelung verlange; da erfahrungsgemäß auch Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung und aus Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten in engem Zusammen-

116) Vgl. zur Entstehungsgeschichte BOCHALLI, a. a. O. S. 510.

117) Über die Entstehungsgeschichte des § 40 VwGO vgl. KOEHLER, VwGO, Anm. I zu § 40.

hang zu Schadenersatzansprüchen aus Art. 34 GG zu stehen pflegten, sollte für sie derselbe Rechtsweg wie für Amtshaftungsklagen gegeben sein.

Ist nun der Ersatzanspruch aus § 30 Abs. 3 nwGO ein "Schadenersatzanspruch aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten"? Wenn auch der Abs. 3 des § 30 nwGO nicht das Wort Schadenersatz verwendet, so wird doch durch diese Vorschrift eine Schadenersatzpflicht der Ratsmitglieder begründet. Diese Ersatzpflicht hat Pflichtverletzungen zur Voraussetzung. Es handelt sich dabei um Pflichten, die sich aus der Rechtsstellung der Ratsmitglieder ergeben. Sie sind zum größten Teil im § 30 nwGO ausdrücklich genannt. Es handelt sich also um öffentlich-rechtliche Pflichten.

2) Der Wortlaut des § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO läßt den Eindruck entstehen, als ob diese Vorschrift nur für Schadenersatzansprüche des Bürgers gegen den Träger öffentlich-rechtlicher Pflichten gilt. Dies ist aber nicht der Fall.

Von der Regelung des Rechtswegs nach § 40 Abs. 2 VwGO bleiben die besonderen Vorschriften des Beamtenrechts unberührt (§ 40 Abs. 2 S. 2). Für Klagen aus dem Beamtenverhältnis ist also der Verwaltungsrechtsweg gegeben (§ 126 BRRG). Ohne diesen Satz 2 würde sich der Abs. 2 des § 40 VwGO auch auf die Schadenersatzansprüche erstrecken, die sich aus Verletzung der Pflichten aus dem Beamtenverhältnis ergeben. Solche Ansprüche können sowohl von dem Beamten gegen den Dienstherrn als auch von dem Dienstherrn gegen den Beamten erhoben werden¹¹⁸⁾. Weil nun in § 40 Abs. 2 S. 2 VwGO ausdrücklich die beamtenrechtlichen Sondervorschriften ausgenommen sind, kann der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber selbst davon ausging, daß alle übrigen Schadenersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten unter § 40 Abs. 2 VwGO fallen; wären nur die Schadenersatzansprüche des Bürgers gegen die Träger öffentlich-rechtlicher Pflichten von § 40 Abs. 2 VwGO umfaßt, so hätte es der Ausnahmeregelung für die Beamten nicht bedurft.

3) Es können Zweifel auftauchen, ob die Geltendmachung der Ersatzansprüche aus § 30 Abs. 3 nwGO unter den § 40 Abs. 2 VwGO subsumiert wer-

118) Vgl. KOEHLER, VwGO, Anm. XII 9 zu § 40.

den darf. Die Sachlage bei diesen Ersatzansprüchen der Gemeinde gegen ihre Ratsmitglieder ist ähnlich wie bei den Ersatzansprüchen gegen Beamte der Gemeinde, für deren Geltendmachung nach § 126 BRRG ausschließlich die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Auch die Ersatzansprüche der Gemeinde aus § 30 Abs. 3 nwGO sind öffentlich-rechtliche Ansprüche. Obwohl die Ratsmitglieder in keinem direkten Dienstverhältnis zur Gemeinde stehen, zeigt ihr Amtsverhältnis durch den Kreis der den Ratsmitgliedern auferlegten Pflichten einige deutliche Elemente des Dienstrechts. So wie die §§ 78 BBG und § 9 LBG das Innenverhältnis bezüglich der Haftung zwischen dem Bund bzw. dem Land und den Beamten regelt, so wird durch § 30 Abs. 3 nwGO das Innenverhältnis zwischen Gemeinde und Ratsmitgliedern geregelt. Für dieses "Quasi-Dienstverhältnis" der Ratsmitglieder scheinen daher die Verwaltungsgerichte entsprechend der beamtenrechtlichen Regelung zuständig zu sein.

Gegen diese Argumentation spricht aber der Grundsatz, daß Spezialregelungen wie die Rechtswegzuweisung der Beamtenstreitigkeiten an die Verwaltungsgerichte grundsätzlich nicht auf andere Tatbestände übertragen werden dürfen. Der § 126 BRRG, der sogar in landesrechtliche Regelungen eingreift ¹¹⁹⁾, ist eine Vorschrift, die ganz speziell für das Beamtenrecht geschaffen worden ist. Die Spezialität zeigt sich deutlich darin, daß die besonderen Vorschriften des Beamtenrechts in § 40 Abs. 2 VwGO ausdrücklich ausgenommen werden sind.

Weil im § 40 Abs. 2 VwGO eine Regelung für den Rechtsweg zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten getroffen worden ist, besteht keine Notwendigkeit, gegen diese Regel, nur in analoger Anwendung des § 126 BRRG, den Verwaltungsrechtsweg für Schadenersatzansprüche aus § 30 Abs. 3 nwGO zu begründen.

4) Ein zweites Bedenken gegen den Zivilrechtsweg könnte wegen der Doppelgleisigkeit der Rechtswege bestehen. Für Streitigkeiten zwischen den Ratsmitgliedern und der Gemeinde über Rechte und Pflichten ¹²⁰⁾ oder

119) Vgl. BOCHALLI, BBG, 2. Aufl. S. 510.

120) Vgl. die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zu §§ 30 Abs. 2, 22, 23, 24 nwGO in KOTTENBERG-STEFFENS, RSp. Entsch.

für Streitigkeiten zwischen den Ratsmitgliedern und dem Rat, die sich aus dem besonderen Gewaltverhältnis ergeben¹²¹⁾, ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Wird aber für die Gemeinde zur Geltendmachung eines Ersatzanspruches aus § 30 Abs. 3 nwGO der Zivilrechtsweg eröffnet, so ergibt sich für Streitigkeiten zwischen den Ratsmitgliedern und der Gemeinde ein doppelgleisiger Rechtsweg.

Dieses Argument greift aber nicht durch. Obwohl gerade durch § 126 BRRG eine Doppelgleisigkeit des Rechtsweges vermieden werden sollte, gibt es auch für Beamte weiterhin eine Doppelgleisigkeit. Sowohl der Beamte, der gegen seinen Dienstherrn einen Schadenersatzanspruch aus Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB geltend machen will, als auch die öffentliche Körperschaft, die gegen ihren Beamten wegen Inanspruchnahme aus Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB Regreß nehmen will, ist an den ordentlichen Rechtsweg gebunden, da der § 126 BRRG als einfaches Bundesrecht die Rechtswegzuweisung der Amtshaftungsklage im Grundgesetz nicht abändern kann. Diese Rechtswegzuweisung gilt auch für die Ratsmitglieder. Eine Doppelgleisigkeit der gerichtlichen Zuständigkeit läßt sich also für die Gemeinde nicht umgehen. Da die positive Normativierung für Ratsmitglieder noch eine Dispositionsmöglichkeit offen läßt, so ist es besser, wenn alle Ersatzansprüche der Gemeinde vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden.

5) Der Zivilrechtsweg für die Geltendmachung eines Anspruches der Gemeinde aus § 30 Abs. 3 nwGO ist auch aus dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhanges gerechtfertigt. Auch bei Amtshaftungsansprüchen aus Art. 34 GG und dem Regreß daraus haben die ordentlichen Gerichte "Amtspflichtverletzungen" zu prüfen. Wie oben gezeigt, muß für die Innenhaftung nach § 30 Abs. 3 nwGO in weitem Umfange auf zivilrechtliche Vorschriften zurückgegriffen werden. Die Ersatzfragen des § 30 nwGO greifen mehr ins Zivilrecht über als ins Verwaltungsrecht. Bei allen Fällen, in denen die Ratsmitglieder in Ausübung privatrechtlicher Verrichtungen der Gemeinde einen Schaden zugefügt haben, sind die Zivilgerichte schon von der Materie her berufen, diese Streitigkeiten zu entscheiden. In jedem Fall der Regreßhaftung ist der Rechtsstreit, der der Ersatzleistung der Gemeinde zugrun-

121) Vgl. OVG Münster, AS Bd. 15 S. 64; Bußgeldfestsetzung des Rates gegen ein Ratsmitglied.

deliegt, vor einem ordentlichen Gericht ausgetragen worden.

Auch aus dem Gesichtspunkt der Ausgleichung der Ansprüche, die sich aus der gesamtschuldnerischen Inanspruchnahme der Ratsmitglieder ergeben können (§§ 840, 426 BGB), rechtfertigt sich der Zivilrechtsweg, denn für Ausgleichsansprüche ist in jedem Fall der Zivilrechtsweg gegeben¹²²⁾. Es wäre sachlich unzweckmäßig, für den Schadenersatz- und den späteren Ausgleichsprozeß zwei verschiedene gerichtliche Zuständigkeiten zu begründen.

Es sprechen also mehr Gründe für die Zuständigkeit der Zivilgerichte als für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, so daß also keine Bedenken bestehen, die Schadenersatzansprüche der Gemeinde gegen die Ratsmitglieder aus § 30 Abs. 3 nwGO als Schadenersatzansprüche aus Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten im Sinne des § 40 Abs. 2 VwGO zu qualifizieren. Damit ist aber kraft ausdrücklicher Zuweisung des § 40 Abs. 2 VwGO der ordentliche Rechtsweg für Schadenersatzansprüche der Gemeinde gegen die Ratsmitglieder aus § 30 Abs. 3 nwGO gegeben¹²³⁾.

d) Mahnverfahren und Arrestverfahren

Die Gemeinde wird Schadenersatzansprüche gegen Ratsmitglieder nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung in einem ordentlichen Verfahren durchsetzen. Neben dem ordentlichen Verfahren haben das Mahnverfahren (Erlaß eines Zahlungsbefehls §§ 688 ff ZPO) und das Arrestverfahren (§§ 916 ff ZPO) besondere Aufgaben.

Ein Mahnverfahren ist für die Durchsetzung eines Ersatzanspruches gegen Ratsmitglieder ungeeignet. Das Mahnverfahren ist nur zulässig für die Durchsetzung von Ansprüchen auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme,

122) Vgl. BGH Urt. v. 19. 2. 1953 in DVB1 1953 S. 303: Für Ausgleichsansprüche zwischen mehreren öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die für denselben auf Amtspflichtverletzung beruhenden Schaden gesamtschuldnerisch haften, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

123) Im Ergebnis ebenso SCHUNCK-DE CLERK, VwGO, Erl. 4 mm zu § 40: Zu den Ansprüchen, für die der Zivilrechtsweg gegeben ist, gehören u. a. die Schadenersatzansprüche "gegen sonstige Träger öffentlich-rechtlicher Pflichten nach Sondergesetzen."

die nicht von einer bedingten Gegenleistung abhängig sind (§ 688 ZPO). Im Mahnverfahren können daher weder Einreden erhoben noch Abweisungsanträge gestellt werden. Will der Schuldner Einreden erheben, so muß er gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch einlegen (§§ 694 u. 696 ZPO). Durch den Widerspruch wird das Mahnverfahren in das ordentliche Verfahren übergeleitet. Das Mahnverfahren ist praktisch nur für die Fälle gedacht, in denen der Schuldner nichts einzuwenden hat. Die Gemeinde wird daher dieses Verfahren zur Durchsetzung ihrer Ersatzansprüche nicht wählen. Sie muß mit Einwendungen der Ratsmitglieder rechnen, da Schadenersatzansprüche schon im allgemeinen, die Ersatzansprüche aus § 30 Abs. 3 nwGO aber im besonderen umstritten sein werden.

Der Arrest des § 916 ZPO soll eine künftige Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung oder eines Anspruches, der in eine Geldforderung übergehen kann, sichern, wenn zu befürchten ist, daß ohne Verhängung des Arrestes die Vollstreckung eines Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert würde (Arrestgrund). Kennzeichnend für dieses Verfahren ist seine Vorläufigkeit. Endgültig muß über den Anspruch in einem nachfolgenden Hauptprozeß entschieden werden (§ 926 ZPO), denn durch ein Arrestverfahren kann ein Anspruch nicht durchgesetzt, sondern seine Erfüllung nur vorläufig gesichert werden. Nur in ganz seltenen Fällen wird bei einem Schadenersatzanspruch aus § 30 Abs. 3 nwGO ein Arrestgrund, nämlich die Gefahr der Vollstreckungsvereitelung, gegeben sein (§§ 917, 918 ZPO).

III. Verjährung

In der Haftungsvorschrift des § 30 Abs. 3 nwGO findet sich keine Regelung darüber, nach Ablauf welcher Frist Schadenersatzansprüche der Gemeinde verjährt sind. Es ist daher zu untersuchen, ob andere Verjährungsvorschriften zur Lösung herangezogen werden können. Die Haftungsvorschrift des § 89 nwLBG bietet sich zur Gesetzesanalogie an. Obwohl diese Vorschrift speziell für das Beamtenrecht gilt und daher einer Gesetzesanalogie im Hinblick auf die Ratsmitglieder unzugänglich erscheint, ist hier der Analogieschluß gleichwohl erlaubt, weil die spezielle Regelung der Verjährung der Beamtenhaftung im § 89 Abs. 2 nwLBG durch die Analogie nicht

berührt oder gefährdet wird ¹²⁴⁾. Beide Vorschriften gehören dem öffentlichen Recht an; ebenso wie der § 89 nwLBG die Innenhaftung zwischen öffentlichem Dienstherrn und den Beamten regelt, regelt der § 30 Abs. 3 nwGO die Innenhaftung zwischen der Gemeinde und den Ratsmitgliedern. Es besteht also eine gleichgerichtete Interessenlage, die es erlaubt, hinsichtlich der Verjährung den § 89 nwLBG auf die Haftung der Ratsmitglieder entsprechend anzuwenden.

Nach § 89 Abs. 3 nwLBG verjähren Ersatzansprüche aus Pflichtverletzungen der Beamten in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Dienstherr von dem Schaden oder der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat; ohne Rücksicht auf diese Kenntnis tritt die Verjährung in zehn Jahren ein. Ersatzansprüche des Dienstherrn wegen Ersatzleistungen, die auf Grund des Art. 34 GG Dritten geleistet wurden, verjähren in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Ersatzanspruch des Dritten diesem gegenüber von dem Dienstherrn anerkannt oder dem Dienstherrn gegenüber rechtskräftig festgestellt ist und der Dienstherr von der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat.

Diese Verjährungsvorschrift ist auf die Ersatzansprüche der Gemeinde aus § 30 Abs. 3 nwGO gegenüber den Ratsmitgliedern entsprechend anzuwenden.

Da der Gemeinderat nicht als solcher haftet, sondern nur die einzelnen Ratsmitglieder, die schuldhaft ihre Pflichten verletzt haben, hat es auf die Verjährung der Ersatzansprüche keinen Einfluß, ob die Wahlzeit des Gemeinderates, der den schädigenden Beschluß gefaßt hat, inzwischen abgelaufen ist. Die Ratsmitglieder haften auch nach ihrem Ausscheiden aus dem Rat solange, bis die Ersatzansprüche verjährt sind.

124) Bei der Analogie wird auf einen in allen wesentlichen Beziehungen gleichen Tatbestand eine positiv rechtliche Norm angewendet. Vgl. SCHÜLE, Treu und Glauben, VwArch Bd. 38 S. 408.

III. Kapitel: Die Innenhaftung für selbständige Einzelhandlungen von
=====

Ratsmitgliedern

=====

§ 17 Möglichkeiten einer Schadenzufügung durch Einzelhandlungen

An mehreren Stellen dieser Schrift ist schon darauf hingewiesen worden, daß eine mittelbare oder unmittelbare Schädigung der Gemeinde nicht nur durch Mitwirkung bei der Beschlußfassung, sondern auch durch eine selbständige Handlung eines Ratsmitgliedes erfolgen kann. Zwar darf die Haftungsvorschrift des § 30 Abs. 3 nWGO, die darauf abstellt, daß der Schaden infolge eines Beschlusses des Rates erfolgt ist, dahin ausgelegt werden, daß auch Schadenzufügungen durch den Beschluß eines entscheidungsbefugten Ausschusses oder durch eine Dringlichkeitsentscheidung des Bürgermeisters zusammen mit einem Ratsmitglied die Haftung der Beteiligten nach § 30 Abs. 3 nWGO auslöst. Darf aber diese Haftungsvorschrift auch auf die Fälle ausgedehnt werden, in denen ein Ratsmitglied durch eine selbständige Einzelhandlung der Gemeinde einen Schaden zugefügt hat? Es geht dabei nur um solche Einzelhandlungen, die ein Ratsmitglied in seiner Eigenschaft als Gemeindevertreter begeht. Soweit ein Ratsmitglied als Privatperson der Gemeinde, etwa im Geschäftsleben, einen Schaden zugefügt hat, bleiben die allgemeinen privatrechtlichen Vorschriften unberührt.

I. Beispiele

Als Möglichkeiten für die Schadenzufügung durch eine pflichtwidrige Handlung eines einzelnen Ratsmitgliedes seien die beiden folgenden Beispiele erwähnt.

In einer nichtöffentlichen Rats- oder Ausschußsitzung wird über den geplanten Grundstückserwerb durch die Gemeinde für die Errichtung einer kommunalen Einrichtung beraten. Ein Ratsmitglied nutzt diese Kenntnis aus, indem er durch einen Strohmann das fragliche Gelände aufkauft, um einen Spekulationsgewinn zu machen. Oder das Ratsmitglied gibt unter Verletzung seiner Schweigepflicht die Kenntnis aus der Sitzung weiter, was wiederum von Dritten zu Bodenspekulationen ausgenutzt wird. Muß die Gemeinde infolge der Spekulation zum Erwerb des Grundstückes

einen höheren Preis zahlen, so hat sie einen Schaden erlitten.

Oder ein Ratsmitglied verletzt seine Schweigepflicht in einer Angelegenheit, in der der Rat hoheitlich tätig geworden ist. Wenn hierdurch ein Dritter einen Schaden erleidet, muß die Gemeinde dem Geschädigten Schadenersatz leisten. Die Gemeinde hat also durch die Einzelhandlung eines Ratsmitgliedes einen mittelbaren Schaden erlitten.

II. Haftungstatbestände

Für die Fälle einer selbständigen Einzelhandlung eines Ratsmitgliedes kommen die folgenden Haftungstatbestände in Betracht:

1. Haftung für einen unmittelbaren Schaden
2. Rückgriffshaftung für einen mittelbaren Schaden, wenn die Gemeinde einem Dritten nach §§ 89, 31 BGB Ersatz geleistet hat
3. Rückgriffshaftung für einen mittelbaren Schaden, wenn die Gemeinde einem Dritten nach Art. 34 GG, § 839 BGB Ersatz geleistet hat.

Alle diese Haftungsfälle betreffen das Innenverhältnis zwischen Gemeinde und Ratsmitglied.

§ 18 Mögliche Haftungsgrundlagen

I. Keine ausdehnende Anwendung des § 30 Abs. 3 nwGO

Im Gegensatz zur nwGO geht die Haftungsvorschrift für Ratsmitglieder in der ndsGO ¹⁾ von einer schuldhaft pflichtwidrigen "Handlung" eines Ratsmitglieds aus. Nach der ndsGO haften daher Ratsmitglieder sowohl für eine Mitwirkung bei einem Beschluß, als auch für eine selbständige Handlung. Diese Haftungsbestimmung würde die drei oben genannten Haftungstatbestände umfassen. Dagegen tritt nach dem Wortlaut des § 30 Abs. 3 nwGO eine Haftung nur dann ein, wenn der Schaden durch einen "Beschluß" eingetreten ist, also mehrere Ratsmitglieder zusammen gehandelt haben. Der

1) Vgl. § 43 ndsGO: "Handelt ein Ratsherr seinen Pflichten vorsätzlich oder grobfahrlässig zuwider, verstößt er insbesondere gegen die ihm in den §§ 25-27 (Amtsverschwiegenheit, Interessenwiderstreit, Treuepflicht) auferlegten Verpflichtungen, so hat er der Gemeinde den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen."

klare Wortlaut des § 30 nwGO verbietet es, die Vorschrift ausdehnend dahin auszulegen, daß ein Ratsmitglied der Gemeinde auch für eine schuldhaft selbständige Einzelhandlung haftet.

II. Anwendung allgemeiner Haftungsbestimmungen

Die oben genannten Haftungstatbestände betreffen nur das Verhältnis zwischen Gemeinde und Ratsmitgliedern. Dieses Innenverhältnis gehört dem öffentlichen Recht an. Die Ersatzansprüche aus Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten - hier der Pflichten, die einem Ratsmitglied obliegen - sind öffentlich-rechtliche Ansprüche. Meist ist das Innenverhältnis zwischen öffentlicher Körperschaft und Beamten oder Amtsträgern durch besondere Vorschriften geregelt, die der speziellen inneren Interessenlage angepaßt sind. So ist z. B. die Innenhaftung der Beamten in den §§ 78 BBG, 46 BRRG, 89 LBG geregelt. Auch der § 30 Abs. 3 nwGO ist eine solche Regelung des Innenverhältnisses, die aber gerade die Fälle einer selbständigen Einzelhandlung nicht umfaßt. Für die Einzelhaftung eines Ratsmitgliedes enthält die nwGO keine Vorschrift, es ist daher zu untersuchen, ob diese Lücke durch sinngemäße Anwendung anderer, evtl. zivilrechtlicher Vorschriften geschlossen werden kann, oder ob eine solche Anwendung durch die Spezialvorschrift des § 30 Abs. 3 nwGO ausgeschlossen ist.

a) Beamtenrechtliche Normen

Die beamtenrechtlichen Vorschriften, die die Innenhaftung der Beamten regeln, können auf die Ratsmitglieder nicht angewendet werden, weil sie keine Beamten im staatsrechtlichen Sinne sind. Eine analoge Anwendung verbietet sich wegen der Art dieser Vorschriften. Sie sind auf die besonderen dienstrechtlichen Belange des öffentlichen Dienstherrn zugeschnitten und passen daher nicht auf das Verhältnis Gemeinde und Ratsmitglieder.

b) Haftung aus dem Dienstverhältnis

Der hessische Verfassungsgerichtshof ²⁾ hatte einen Fall der Rückgriffs-haftung gegen einen Beamten zu entscheiden. Das hessische Beamten-gesetz

2) Vgl. hess. VerfGH, Urt. v. 11.12.1957, in ESVGH 7 S. 131 (139) = DVBl 1959 S. 215.

enthält aber neben der Rückgriffshaftung für Schadensfälle aus Amtspflichtverletzungen des Art. 34 GG, § 839 BGB keine ausdrückliche Bestimmung, aus der sich eine Haftung der Beamten für Pflichtverletzungen oder aus der sich Regreßansprüche des Dienstherrn herleiten lassen ³⁾. Der Verfassungsgerichtshof ist der Ansicht, daß auch in diesen Fällen eine Haftung des Beamten gegenüber dem Dienstherrn besteht. Er läßt es dahingestellt sein, ob diese Haftung auf allgemeinen arbeitsrechtlichen oder bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen (§§ 611, 276 BGB) beruht, oder ob der allgemeine Haftungsgrundsatz als a priori beamtenrechtlicher Natur anzusehen sei. Aus der Tatsache, daß die Haftungsgrundlage nicht ausdrücklich im Rahmen des hess. Beamtengesetzes selbst geregelt sei, dürfe nicht gefolgert werden, daß die Bestimmungen nicht zu jenen Rechtsgrundsätzen gehörten, die das Verhältnis zwischen Anstellungskörperschaft und Beamten regeln. Durch Übernahme von Grundsätzen, die generell allen Dienstverhältnissen eigen sind, würden diese gleichfalls zu beamtenrechtlichen Bestimmungen. Der Verfassungsgerichtshof verweist auch auf die enge Wechselbeziehung, die zwischen den Amtspflichten zur gewissenhaften Pflichterfüllung und der Haftung bestehe.

Projiziert man diese Überlegungen auf die Ratsmitglieder, die durch eine Einzelhandlung der Gemeinde einen Schaden zugefügt haben, so erscheint es zunächst einleuchtend, daß diese Grundsätze auch für sie gelten. Aber bei näherer Betrachtung zeigen sich doch deutliche Unterschiede. Zunächst stehen die Ratsmitglieder zu ihrer Gemeinde in keinem Dienstverhältnis ⁴⁾. Sie erwerben ihre Rechtsstellung durch die Wahl der Bürger (§ 39 Abs. 1 nwGO). Ihre Tätigkeit üben die Ratsmitglieder, ohne an Aufträge gebunden zu sein, im Rahmen der Gesetze nach ihrer freien, nur durch das Gemeinwohl bestimmten Überzeugung aus (§ 30 Abs. 1 nwGO). Zwar ist ihr Status stark mit amtsrechtlichen Elementen durchsetzt, doch stehen die Ratsmitglieder in keinem Dienstverhältnis zur Gemeinde. Für die Ratsmitglieder gibt es weder eine Dienstpflicht, ihr Mandat auszuüben, noch haben sie einen "Dienstherrn", der ihnen Anordnungen erteilen könnte. Sie erhalten

3) Der § 46 BRRG, der die Innenhaftung der Beamten regelt, ist mit Inkrafttreten des Beamtenrechtsrahmengesetzes noch nicht geltendes Landesrecht geworden.

4) KÖTTGEN, Gemeindeverfassungsrecht, in KommHdb. Bd. 1 § 46 II 2 S. 369.

für ihre Tätigkeit keine Vergütung. Deshalb passen auf die Ratsmitglieder weder arbeitsrechtliche Grundsätze, noch Gedanken des privatrechtlichen Dienstvertrages, noch die evtl. dem Beamtenrecht a priori innewohnenden allgemeinen Haftungsgrundsätze. Aber auch der Zusammenhang, der zwischen den Amtspflichten und der Haftung besteht, kann nicht die Haftung der Ratsmitglieder aus allgemeinen Grundsätzen herbeiführen; soweit wegen dieses Zusammenhanges eine Haftung der Ratsmitglieder in Frage kommt, ist diese in § 30 Abs. 3 nwGO geregelt.

c) Art. 34 GG

Auch wenn die Gemeinde einem Dritten auf Grund der Vorschrift des Art. 34 GG, § 839 BGB Schadenersatz geleistet hat, gibt es keine direkte Anspruchsgrundlage für einen Rückgriff. Da die Ratsmitglieder keine Beamten im staatsrechtlichen Sinne sind, finden die Vorschriften keine Anwendung, die den Rückgriff gegen Beamte regeln. Aber auch aus der Formulierung des Art. 34 GG: "Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten" kann ebenfalls kein Rückgriffsanspruch gegen Ratsmitglieder hergeleitet werden. Dieser Satz ist keine Anspruchsgrundlage⁵⁾. Der darin normierte Vorbehalt muß durch andere Bestimmungen ausgefüllt werden⁶⁾. Darüber hinaus wird durch den Satz 2 eine Beschränkung des in anderen Vorschriften festgelegten Rückgriffsanspruches auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt⁷⁾.

d) §§ 823 ff BGB

Nun könnte der Gedanke auftauchen, die zivilrechtlichen Haftungsvorschriften der unerlaubten Handlung (§ 823 Abs. 1 und 2 und § 826 BGB) auf die

5) Auch der Art. 131 Abs. 1 S. 2 WRV, "der Rückgriff gegen Beamte bleibt vorbehalten" wird nicht als Anspruchsgrundlage angesehen. RGZ 165, 223 (333); ANSCHÜTZ, *Verfassung*, 14. Aufl. Erl. 14 zu Art. 131 S. 613; a. M. FLEINER, *Institutionen*, 8. Aufl. S. 284 Fußnote 29.

6) JESS, BK, Erl. II 9 zu Art. 34.

7) HAMANN, GG, Erl. B 9 zu Art. 34; v. MANGOLDT-KLEIN, *Kommentar*, 2. Aufl. Anm. III 8 a-b.

obengenannten Haftungsfälle anzuwenden ⁸⁾. Bei den Fällen der mittelbaren Schädigung der Gemeinde liegen aber in der Regel die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 823, 826 BGB nicht vor, weil das Ratsmitglied gegenüber der Gemeinde zumeist weder ein absolutes Rechtsgut oder ein Schutzgesetz verletzt, noch die Gemeinde sittenwidrig geschädigt, sondern gerade die Rechtsgüter eines Dritten, für die die Gemeinde den Ersatz leisten mußte, verletzt hat. Als Anwendungsfälle blieben dann nur die unmittelbaren Schädigungen der Gemeinde übrig.

Eine Übertragung privatrechtlicher Vorschriften auf öffentlich-rechtliche Sachverhalte ist nur dort möglich, wo diese Niederschlag allgemeiner Rechtsgedanken sind und ihre Anwendung nicht den Besonderheiten des öffentlichen Rechts zuwiderläuft ⁹⁾.

Bei Ansprüchen der Gemeinde gegen Ratsmitglieder handelt es sich um öffentlich-rechtliche Ansprüche. Die Haftungsvorschriften der §§ 823 ff BGB enthalten den allgemeinen Rechtsgedanken, daß derjenige, der einem Dritten widerrechtlich einen Schaden zufügt ¹⁰⁾, diesen Schaden ersetzen muß.

Die Haftungsvoraussetzungen dieser Vorschrift sind aber zu weit. Nach § 823 BGB wird für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit gehaftet. Dieser Haftungsmaßstab ist für Ratsmitglieder zu streng, denn § 30 Abs. 3 nwGO läßt die Ratsmitglieder nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften. Auch nach Art. 34 GG bleibt der Rückgriff nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit vorbehalten.

8) Vgl. ALTHAUS, Recht der Gemeinden, 1957 S. 96: "Auch ohne eine besondere Vorschrift dieses Inhaltes (gemeint ist die Haftungsvorschrift in der ndsGO) dürften die Mitglieder der Vertretungskörperschaft gemäß § 823 Abs. 2 BGB auch in den anderen Ländern für einen etwaigen Schaden haften, den sie der Gemeinde aus diesen Gründen (gemeint sind Interessenkollision, Treupflicht, Schweigepflicht) zufügen."

9) PETERS, Lehrbuch, S. 157; ECKERT, Leistungsstörungen, in DVBl 1962 S. 14 mit umfangreichen Nachweisen zu diesem Problemkreis.

10) Vgl. BGHZ 16, 111 (113): jedes Delikt im Sinne der §§ 823 ff BGB ist eine Amtspflichtverletzung.

e) Allgemeine Rechtsgrundsätze

Aus der allgemeinen Pflicht eines jeden Amtsträgers, alle Verhaltensweisen zu vermeiden, die einen Schaden hervorrufen können, leitet die Rechtsprechung¹¹⁾ einen Schadenersatzanspruch ab, ohne daß dieser auf einem besonderen Rechtssatz beruht. Das OLG Bamberg¹²⁾ führt aus: "Wird dieser Pflicht schuldhaft und rechtswidrig zuwider gehandelt, so verwandelt sie sich nach denselben allgemeinen, das bürgerliche und das öffentliche Recht in gleicher Weise beherrschenden Grundsätzen in die Verpflichtung zum Ausgleich des der Gemeinde verursachten Schadens." Dem ist im Grundsatz zuzustimmen.

III. § 30 Abs. 3 nwGO als Spezialnorm

Eine Anwendung der Haftungsvorschriften der unerlaubten Handlung oder der allgemeinen Ersatzgrundsätze würde aber dem erklärten Willen der GO zuwiderlaufen. Die Haftung der Ratsmitglieder ist in § 30 Abs. 3 nwGO abschließend in dem Sinne geregelt, daß der Gemeinde nur für die Schäden Ersatz zu leisten ist, die infolge des Zusammenhandelns mehrerer Ratsmitglieder entstanden sind. Die GO hat durch § 30 nwGO dort eine Schutzvorschrift errichtet, wo die Vermögensinteressen der Gemeinde durch die Häufigkeit der potentiellen Schadensquellen besonders gefährdet sind. Dies ist die Verwaltungstätigkeit durch den Rat und seine Ausschüsse, die ihre Entscheidungen in Form von Beschlüssen treffen. Demgegenüber fallen die möglichen Schadensquellen durch die Einzelhandlungen der Ratsmitglieder kaum ins Gewicht. Hätte der Gesetzgeber eine umfassendere Haftungsregelung dahin beabsichtigt, daß die Ratsmitglieder auch für schädigende Einzelhandlungen haften sollen, so hätte er die Möglichkeit gehabt, die Haftungsvorschrift in einer umfassenderen Form, ähnlich etwa dem § 43 ndsGO, zu formulieren. Da dies nicht geschehen ist, war eine so weitgehende Haftung nicht beabsichtigt. Der § 30 Abs. 3 nwGO ist eine Spezialnorm,

11) RGZ 165, 333 (Rückgriff bei Hoheitshaftung, wenn keine gesetzliche Haftungsgrundlage vorhanden ist); OLG Bamberg, Urt. v. 2. 1. 1957 in Bayer. Bgm. 1957 S. 137.

12) OLG Bamberg, a. a. O.

die auf die besondere Interessenlage der Gemeinde und der Ratsmitglieder zugeschnitten ist. Als Spezialnorm geht sie allen anderen Vorschriften vor und schließt die Anwendung anderer Haftungs Vorschriften aus ¹³⁾. Auch der allgemeine Grundsatz, daß aus jeder Pflichtverletzung eine Ersatzpflicht folgt, wird durch die Spezialnorm ausgeschlossen. Man mag zwar bedauern, daß auf diese Weise Ratsmitglieder für Schädigungen der Gemeinde bei Einzelhandlungen nicht haften, und daß so der Haftungsschutz der Gemeinde eine Lücke aufweist, aber über den klaren Gesetzeswortlaut kann sich kein Richter hinwegsetzen.

Die Ratsmitglieder haften der Gemeinde also nur unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 3 nwGO. Eine Haftung gegenüber der Gemeinde für schadenstiftende Einzelhandlungen gibt es nicht.

13) Ebenso NEUMANN, Rechtsstellung, S. 68.

Dritter Teil

Haftungsschema

Die in der vorliegenden Untersuchung behandelten Haftungsfälle, denen Ratsmitglieder unterworfen sein können, sind so verschiedenartig, daß eine Zusammenfassung in Form eines Haftungsschemas die Übersicht erleichtern soll. In dem Haftungsschema wird bei den einzelnen Haftungstatbeständen jeweils die Haftung der Ratsmitglieder der Haftung der Gemeinde gegenübergestellt.

A. Haftung im Außenverhältnis

I. Bei einer schuldhaft rechtswidrigen Amtspflichtverletzung in Ausübung öffentlicher Gewalt haftet

- a) ein Ratsmitglied gegenüber Dritten grundsätzlich ¹⁾ nicht,
- b) die Gemeinde anstatt eines Ratsmitgliedes auf Grund des Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB.

II. Bei einer schuldhaft rechtswidrigen Handlung im Bereich privatrechtlichen Handelns haftet

1) beim Vorliegen einer unerlaubten Handlung

- a) ein Ratsmitglied nach §§ 823 ff BGB und außerdem neben der Gemeinde in den Fällen, in denen
- b) die Gemeinde nach §§ 89, 31 BGB wegen zum Schadenersatz verpflichtender Handlungen ihrer satzungsmäßig bestellten Vertreter in Ausübung der ihnen zustehenden Verrichtung haftet.

2) Bei schuldhafter Verletzung einer Vertragspflicht haftet

- a) ein Ratsmitglied überhaupt nicht,
- b) die Gemeinde nach §§ 89, 31 bzw. § 278 BGB, soweit sie sich seiner zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient.

1) Die Haftungsfälle, in denen die Haftung der Gemeinde gemäß § 7 RBHaftG und prBHaftG entfällt, bleiben wegen ihrer für Ratsmitglieder nur theoretischen Bedeutung außer Betracht.

- III. Bei schuldhaft rechtswidrigen Handlungen in einem wirtschaftlichen Unternehmen als Vertreter der Gemeinde nach § 72 nwGO haftet
- a) ein Ratsmitglied allein nach privatrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften,
 - b) die Gemeinde in der Regel nicht.

Ein in Anspruch genommenes Ratsmitglied hat nach § 72 Abs. 3 nwGO einen Freistellungsanspruch gegen die Gemeinde.

B. Haftung im Innenverhältnis

- I. Ratsmitglieder haften ihrer Gemeinde für vorsätzliche und grobfahrlässige Pflichtverletzung nach § 30 Abs. 3 nwGO
- a) bei unmittelbarer Schadenzufügung infolge eines Beschlusses,
 - b) bei mittelbarer Schadenzufügung, wenn die Gemeinde einem Dritten den durch einen Beschluß verursachten Schaden ersetzt hat (Regreßhaftung).
- II. Ratsmitglieder haften ihrer Gemeinde aus einer selbständigen Einzelhandlung
- a) weder bei unmittelbarer Schadenzufügung,
 - b) noch bei mittelbarer Schadenzufügung.

Lebenslauf

Am 1. Oktober 1932 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Theodor Feldhaus und seiner Ehefrau Lene geb. Queck in Duisburg geboren.

Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 3. März 1953 legte ich am Staatlichen Gymnasium (neusprachlicher Zweig) in Mülheim a. d. Ruhr die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1953 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwigs-Maximilians-Universität in München. Im Wintersemester 1954/55 setzte ich mein Studium an der Freien Universität Berlin fort. Vom Sommersemester 1955 bis zum Sommersemester 1957 studierte ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster.

Am 17. August 1957 legte ich vor dem Justizprüfungsausschuß des Oberlandesgerichts in Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab. Vom September 1957 bis Mai 1959 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft an dem jetzigen Institut für Öffentliches Recht und Politik der Universität Münster tätig. Den Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar schloß ich am 11. Oktober 1963 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen ab.

